Die Haftung des stillen Gesellschafters.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Edelgard Grüthling
Gerichtsreferendarin aus Forst i. L.

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei / Rostock
1935

Referent: Prof. Dr. Schultze-von Lasaulx.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Frageſtellung und Abgrenzung des Problems . .	7—11
§ 2.	Streitſtand	12—15
§ 3.	Die ſtille Geſellſchaft iſt keine Zweckgemeinſchaft im Sinne des § 705 BGB. ſondern ein Austauſchvertrag	15—24
§ 4.	Die Vorſchriften des HGB. über die ſtille Geſellſchaft ſetzen nicht den Tatbeſtand der Geſellſchaft, ſondern den des partiariſchen Darlehens voraus .	24—40
§ 5.	Der ſtille Geſellſchafter hat keins der typiſchen Geſellſchafterrechte	40—45
§ 6.	Die Rechtſprechung des Reichsgerichts	45—47
§ 7.	Die über die Spezialnormen des HGB. hinaus erforderliche Geſtaltung der ſtillen Geſellſchaft ergibt ſich — ohne Anwendung von Geſellſchaftsvorſchriften — aus dem partiariſchen Darlehen . .	47—57
§ 8.	Die mit der Annahme eines partiariſchen Darlehensverhältniſſes verbundene Haftungsregelung wird durch die Volksüberzeugung und die wirtſchaftlichen Bedürfniſſe beſtätigt	57—63

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549208_0088

Literatur.

Brand, Das Handelsgesetzbuch, 1911.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, 1886.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.
— System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902.
Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1931.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1930.
Eisser, Georg, Die Teilpacht im römischen und im heutigen Recht. Masch.-Diss. Gießen, 1922.
Ellinger, W. A., Die stille Gesellschaft, Diss. Jena 1910.
Elsoffer, F., Das Verhältnis der stillen Gesellschaft zur Gesellschaft des BGB. Diss. Jena 1905.
Denkschrift zum Entwurf eines HGB., 1897.
Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., 2. Bd., Obligationenrecht, 1903.
Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, II. Bd., 2. Hälfte 3. Aufl. 1932.
Geiler bei Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, II. Bd., 1. Hälfte, 3. Aufl. 1932.
v. Gierke, Jul., Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl., 1933.
Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929.
Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, Schuldrecht, 1934.
Hoeninger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910.
— Innengesellschaft und Innensyndikat, ZHR. Bd. 84, S. 459.
Ihering, Der Zweck im Recht, 1877.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 6. u. 7. Aufl. 1931.
Katzenstein, Jul., Ueber die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft des HGB. Diss. Greifswald 1917.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft, 1901.
Koenige, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs, 3. Aufl. 1932.
Kohler, Ueber das Konsensualdarlehen, Arch. Bürgerl. Recht 2, S. 211 ff.
Kommentar der RG.-Räte, 7. Aufl., II. Band, 1929.
Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929.
— Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934.
Lastig, Die Stille Gesellschaft, in Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts, Bd. 1, 1881.

Lang, Die Typen der Stillen Gesellschaft und die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen auf sie. Diss. Freiburg 1930.
Lehmann, Ludwig, Der commis interessé, insbesondere verglichen mit dem stillen Gesellschafter. Diss. Heidelberg 1912.
Lehmann-Hoeniger, Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl. 1921.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch, 1902.
Lübbert, Erich, Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung, ZHR. 58, S. 464 ff.
Marcus, in Holdh. M.-Schr. 1911, S. 257, Zum Recht der stillen Gesellschaft.
Menzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 4. Aufl. 1932.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, 1888.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. Aufl. 1927.
— Die Haftung und die Vermögensbeteiligung des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters, besonders im Fall ihrer Anteilnahme an der Vermögensverwaltung. Beiträge zum Wirtsch.-Recht 1931, S. 737.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches 1858 u. 1861. Herausgg. v. Lutz.
Planck's Kommentar zum BGB., Bd. II, 4. Aufl.
Renaud, Das Recht der Stillen Gesellschaft und der Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, 1885.
Rettig, Die stille Gesellschaft des HGB. im Verhältnis zu der Gesellschaft des BGB., Diss. Rostock 1902.
Ritter, Kommentar zum HGB., 2. Aufl. 1932.
Saenger, Die Stille Gesellschaft (Die private Unternehmung und ihre Betätigungsform, Bd. 6), 1924.
Staub-Pinner, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl. 1933.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 9. Aufl.
Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., 2. Bd., 1933.
Siber: Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts: Schuldrecht, 1931.
Silberschmidt, Beteiligung und Teilhaberschaft, 1915.
— Das „Gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis", ZHR. 79, S. 456 ff.
— Die Haftung der am Unternehmen mitarbeitenden Kommanditisten und stillen Gesellschafter vom Standpunkt der Interessenwägung aus, L. Z. 1932, S. 1329 ff.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, 1910.
Weiser, Die stille Gesellschaft, Diss. Leipzig 1905.
Wieland, Handelsrecht, 1931 (im Syst. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft III, 1, I).
Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht.

§ 1. Fragestellung und Abgrenzung des Problems.

Der Grundsatz, daß Herrschaft und Verantwortung untrennbar sind, ist heute allgemein anerkannt. Ins Rechtliche übertragen bedeutet er, daß den Herrschenden die Haftung trifft. In den alltäglichen Fällen des Rechtsverkehrs hat das von je gegolten — als erster und alter Grundsatz menschlich-rechtlicher Ordnung schlechthin: so muß ich für die Folgen meiner unerlaubten Handlung Schadensersatz leisten, meinen Vertrag erfüllen, für den auf mein Geheiß tätig gewordenen Gehilfen aufkommen usw., und muß auch, habe ich mit anderen gemeinsam gehandelt, in der Regel gemeinsam mit diesen haften.

Haftungsausschluß ist daher zu Recht grundsätzlich nur demjenigen gewährt, der von der Herrschaft ausgeschlossen ist.

Demgemäß muß auch die Entscheidung der Einzelrechtsfragen heute wieder bewußt aus diesem Grundsatz erfolgen.

Unsere Frage, ob der stille Gesellschafter den Geschäftsgläubigern haftet, wenn er an der Verwaltung des Unternehmens teilnimmt[1]), hat Müller-Erzbach[2]) unter Berücksichtigung und gerade wegen dieses Zusammenhanges von Herrschaft und Verantwortung bejaht. Da der Stille ebenso wie im Fall der direkten Teilnahme, der Mitarbeit an der Verwaltung, „maßgebenden Einfluß auf die Geschicke des Unternehmens" auch dann gewinnt, wenn „der geschäftsführende Gesellschafter zur Einholung seiner" — (des Stillen) — „Genehmigung zu wichtigen Rechtsgeschäften"[3]) verpflichtet ist, so müßte er danach auch in diesen Fällen

1) Wie z. B. in RG. 31, S. 35 ff.

2) In Festgabe für Heymann, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 1931, S. 737 ff.

3) HRR. 1933, Nr. 1447; RG. 94, S. 106; RG. 99, S. 158; DJR. 10, S. 335; Flechtheim, § 335, Anm. 25; LZ. 1930, S. 1452.

haften. Das Reichsgericht[4]) hat jedoch bei solchem Tatbestand lediglich interne, im Gesellschaftsverhältnis begründete Verpflichtungen angenommen, die Haftung des stillen Gesellschafters als solchen gegenüber Gesellschaftsgläubigern aber abgelehnt.

Das Reichsgericht befindet sich dabei in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre[5]), die eine unmittelbare Haftung des Stillen gegenüber den Geschäftsgläubigern verneint, auch dann, wenn das Geschäft mit seiner ausdrücklichen Zustimmung geschlossen ist[6]). Denn gemäß § 335 II HGB. trete der Stille zu den Gesellschaftsgläubigern „überhaupt in kein Verhältnis“[7]), sondern werde der Inhaber, und nur er allein, aus den Betriebsgeschäften berechtigt und verpflichtet[8]). Sollte auch der Stille verpflichtet werden, so müßte ein besonderer Rechtsgrund hinzutreten[9]), jedenfalls aber sei er nie schon allein auf Grund des stillen Gesellschaftsverhältnisses verpflichtet. Solche Rechtsgründe seien in mannigfacher Weise denkbar: als Bürgschaft, Wechselgiro oder dgl.

Die Haftung aus derartigem „weiteren“ Grunde bedarf als unstreitig[10]) keiner Untersuchung: Bürgschaft, Wechselakzept etc. treten als selbständige Rechtsgeschäfte, persönliche Verpflichtungen neben die stille Gesellschaft und sind unabhängig von dieser der alleinige Haftungsgrund. Es ist für diese Haftung völlig unerheblich, daß der Bürge zufällig auch stiller Gesellschafter ist.

Mit der stillen Gesellschaft selbst verknüpft erscheint aber die Haftung des Stillen auf Grund der Bekanntgabe der stillen Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

Nach ADHGB. Art. 260 war die Wirkung einer solchen Kundgebung zugunsten dritter Personen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen. Diese Vorschrift

4) S. Anm. 1.

5) Behrend, S. 668; Lehmann-Hoeniger, S. 289; Staub, § 335, Anm. 37; Katzenstein, S. 11; Ritter, § 335, Anm. 5; Wieland, S. 772, auch Lang, S. 16, der von „unabänderlichem Außenverhältnis“ spricht.

6) Flechtheim, § 335, Anm. 35, Ziff. 5, Abs. 1.

7) RG. 31, S. 36.

8) v. Gierke, S. 262; Weiser, S. 11 u. a.

9) Staub, § 335, Anm. 37.

10) Saenger, S. 120.

ist als „überflüssig“ [11]) in unser HGB. nicht übernommen worden, die Rechtslage aber mangels einer besonderen, also auch nicht anderen Regelung die gleiche geblieben [12]). Danach werden an die Kundgebung als solche nicht schon schlechthin Rechtsfolgen geknüpft [13]). Der Stille steht vor wie nach „der Bekanntgabe außerhalb jeder rechtlichen Beziehung zu den Gläubigern des Geranten“ [14]), und möglicherweise hat die Kundgebung keine andere Bedeutung als eine Empfehlung des vom Komplementar betriebenen Handelsgewerbes [15]). Rechtsfolgen treten eben nur dann ein, wenn über eine bloße Mitteilung hinaus ein besonderer Verpflichtungswille des Stillen in die Erscheinung getreten ist, sei es durch eine eigene oder eine mit seinem Willen erfolgte Erklärung. Der Sinn dieser Erklärung ist nach den Grundsätzen der §§ 157, 242 BGB., also unter Berücksichtigung aller besonderen Umstände des Falles zu erforschen, wobei z. B. bei Bekanntgabe der Einlagehöhe durch den Stillen auf ein Garantieversprechen und einen Kreditauftrag gemäß § 778 BGB. zu schließen sein wird. Immer aber wird die Haftung nur dadurch begründet werden, daß der Stille in der Absicht, sich zu verpflichten, eine dahingehende Verbindlichkeit eingeht. Ebenso wird auch der Umfang [16]) der Haftung durch den Inhalt dieser Verbindlichkeit bestimmt, so daß der Stille je nachdem voll oder bis zum Betrage seiner mitgeteilten Einlage, schlechthin oder nur für den Ausfall [17]) haftet und also bei einem Garantieversprechen nur akzessorisch und auch nur gegenüber dem Versprechensempfänger, nicht auch gegenüber allen anderen Gesellschaftsgläubigern [18]). Schon daraus ist ersichtlich, daß es sich auch hier im Grunde immer nur um Haftung aus einem besonderen, selbständig neben der stillen Gesellschaft bestehenden

---

11) Denkschrift z. HGB. S. 185.
12) Saenger, S. 56 ff.
13) Ritter, § 335, Anm. 5.
14) Renaud, S. 108.
15) Behrend, S. 691.
16) Saenger, S. 120; Ritter, § 335, Anm. 5.
17) Flechtheim, § 335, Anm. 35; Saenger, S. 57; RG. 31, S. 37.
18) Behrend, S. 691.

Rechtsgrund handelt[19]), nicht also aus der stillen Gesellschaft und dem Kundtun ihres Bestehens. Das zeigt sich auch klar, wenn der stille Gesellschafter aus der Kundgebung haftet, weil er sie machte, um zur Kreditgewährung zu verleiten, obgleich die Lösung des Verhältnisses in naher Aussicht stand[20]): Hier haftet er aus einer von ihm begangenen unerlaubten Handlung.

Wenn die herrschende Lehre[21]) endlich auch den stillen Gesellschafter, der wie ein Geschäftsinhaber, offener Teilhaber oder Kommanditist im Rechtsverkehr auftritt, haften läßt, so geschieht das deshalb, weil er hier den Schein erweckte, ein derartiger Gesellschafter zu sein, und sich nun dem gutgläubigen Dritten gegenüber auch so behandeln lassen muß. Haftungsgrundlage ist also auch in diesen Fällen des Stillen eigene Erklärung, an die er nach dem Grundsatz von Treu und Glauben[22]) gebunden ist — aus der er ebenso verpflichtet würde, wenn er überhaupt nicht in einem Verhältnis zum Inhaber stünde; nicht aber ist Haftungsgrundlage die stille Gesellschaft.

Alle diese Fälle berühren daher die Vorschriften über die stille Gesellschaft und somit auch den § 335 II nicht und ändern also nichts daran, daß der Stille, der sonst aus mancherlei Verbindlichkeiten haften mag, aus den Geschäften des Betriebes als Stiller nicht verpflichtet wird: wie das § 335 II bestimmt.

Danach scheint für eine Haftung des stillen Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern allerdings de lege lata kein Raum zu sein.

Sollte sich also wirklich, wie Müller-Erzbach[23]) meint, „die deutsche Gesetzgebung ihrer Führeraufgabe nicht gewachsen gezeigt" und den Zusammenhang von Herrschaft und Verantwortung unberücksichtigt gelassen haben, oder ist

---

19) Denkschrift, S. 185.
20) Staub, § 335, Anm. 37 u. a.
21) Flechtheim, § 335, Anm. 35; Ritter, § 335, Anm. 5; Staub, § 335, Anm. 37; RG. 31, S. 39; RGHG. 20, S. 21.
22) v. Gierke, S. 69 u. S. 207.
23) A. a. O. S. 737.

die Machtlage des Stillen, auch wie sie in den eingangs angeführten Fällen durch die ihm eingeräumten Rechte geschaffen worden ist, noch nicht als eine haftungsbegründende Herrschaft anzusehen? Oder sollte endlich § 335 II auf unsere Fälle nicht anwendbar sein, weil eine stille Gesellschaft, für welche dieser Paragraph eine Rechtsfolge bestimmt, hier nicht vorliegt, vielmehr ein neuer Typ gegeben ist, der neben dem des Gesetzes liegt und daher Raum für andere Rechtsfolgen läßt?

Will man also die Frage nach der Haftung des stillen Gesellschafters wegen der Vorschrift des § 335 II verneinen, so ist erst deren Tatbestand, d. h. die Gesamtheit der Tatsachen, bei deren Vorliegen die Rechtswirkung eintreten soll[24]), und die Interessenlage festzustellen, für die das Gesetz hier eine Entscheidung trifft. Erst bei Beantwortung dieser Frage wird zu entscheiden sein, ob hier wirklich eine Verantwortungsbefreiung ohne Rücksicht auf Herrschaftsmöglichkeiten vorliegt.

Da § 335 II Rechtsfolgen für den Fall normiert, daß eine stille Gesellschaft besteht, lautet unsere Frage: wann liegt eine stille Gesellschaft im Sinne des Gesetzes vor, und worin besteht ihr Wesen, welche Herrschaftsmöglichkeiten hat danach der stille Gesellschafter, und welche Herrschaftsmöglichkeiten stehen nicht mehr im Einklang mit der stillen Gesellschaft, gehen also bereits über diese hinaus?

Der Beantwortung dieser Fragen scheint zunächst entgegenzustehen, daß ein sicherer Schluß auf das Wesen der stillen Gesellschaft nicht möglich ist, weil bei der Ausgestaltung der stillen Gesellschaft der Bestimmungsfreiheit der Parteien weiter Spielraum auch für die Bildung mehrerer Typen sicherlich gelassen ist[25]). Dieser ist jedoch zu begrenzen. Aus der Gesamtheit der gesetzlichen Vorschriften ist der Tatbestand der stillen Gesellschaft im Sinne des HGB. bestimmbar, für den gerade die zwingenden Normen, insbesondere § 335 II, gelten.

---

24) v. Tuhr II, 1, S. 4.

25) Wie auch die Denkschrift feststellt, wäre die meist dispositive Regelung der stillen Gesellschaft „in der Hauptsache auch auf dem Wege des Vertrages“ (S. 184) zu erreichen gewesen.

§ 2. Streitstand.

Es sollen dabei hier auf das Wesen der stillen Gesellschaft aus der historischen Entwicklung, aus der so oft argumentiert worden ist[1]), Schlüsse nicht gezogen werden. Die stille Gesellschaft ist durch das geltende Recht „in souveräner Weise"[2]) geregelt worden, und solange nicht nachgewiesen ist, daß die Interessenlage über die Jahrhunderte hinüber die gleiche geblieben ist, muß diese Beweisführung immer zu Fehlergebnissen führen. Sie ist daher auch aus den meisten juristischen Abhandlungen verschwunden, und der Tatbestand der stillen Gesellschaft wird zu Recht aus dem Gesetz hergeleitet.

Das HGB., insbesondere § 335, enthält eine Begriffsbestimmung der stillen Gesellschaft jedoch nicht.

Nach herrschender Lehre[3]) ist „der Begriff der stillen Gesellschaft aus dem Gesamtinhalt der §§ 335, 336 HGB. zu entnehmen"[4]) und wird so bestimmt: „Stille Gesellschaft ist das Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Inhaber eines Handelsgewerbes und einem Dritten, der sich an diesem Handelsgewerbe mit einer in das Vermögen des Inhabers übergehenden Einlage gegen Anteil am Gewinn beteiligt"[5]). Die stille Gesellschaft soll[6]) nach „dem Willen des Gesetzes, der sich aus seiner Fassung und seinem Inhalt ergibt"[7]), eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sein. Allerdings weiche die stille Gesellschaft des HGB. vom Typ der Ge-

---

1) Katzenstein, S. 11; Lübbert, S. 502 ff.; Renaud, S. 3 ff.; Rettig, S. 11.

2) Lang, S. 1.

3) Ritter, § 335, Anm. 2; Saenger, S. 12; Staub, § 335, Anm. 3.

4) Denkschrift S. 183 und die zu 3) Genannten; Staub auch Anm. 4 a. a. O.

5) Flechtheim, § 335, Anm. 1 und im wesentlichen ebenso Lehmann-Hoeniger, S. 289; Wieland, S. 771, 772; v. Gierke, S. 260; Müller-Erzbach, S. 345; Staub, § 335, Anm. 5.

6) Flechtheim, § 335, Anm. 2; Ritter, § 335, Anm. 3; Staub, § 335, Anm. 1 u. 2; v. Gierke, S. 261; Lehmann-Hoeniger, S. 290; Elsoffer, S. 11; Rettig, S. 11; Weisser, S. 20; Katzenstein, S. 51; Makower, § 335 Ia.

7) Staub, § 335, Anm. 1.

sellschaft, wie er im BGB. normiert ist, erheblich ab[8]), auch seien der stillen Gesellschaft einige Besonderheiten verliehen, aber all dies könne ihr Wesen als Gesellschaft nicht aufheben.

Als Gründe für diese Auffassung werden einerseits Benennung — „stille Gesellschaft, stiller Gesellschafter", systematische Unterbringung[9]) und direkte Aussprüche des Gesetzes genannt[10]), und andererseits wird vor allem aus dem § 705 BGB., dem Begriff der Gesellschaft, argumentiert. Danach setze eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts weder ein Gesellschaftsvermögen noch, im Gegensatz zum römischen Recht, eine vertragliche Vermögensgemeinschaft voraus[11]), solches erwähne § 705 überhaupt nicht. Es sei daher „durchaus möglich, Gesellschaften zu schaffen, welche überhaupt kein Gesellschaftsvermögen besitzen und nicht einmal die Möglichkeit, ein solches zu bilden, satzungsgemäß haben"[12]). Zumal § 718 BGB. „nicht etwa zwingendes Recht enthalte"[13]), erscheine es auch zulässig, daß das Vermögen, welches die Gesellschaft zur Erreichung ihrer Ziele bedarf, einem der Beteiligten zustehe[14]). Nach bürgerlichem Recht genüge, daß die Beteiligten sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zusammenschließen wollen und daß durch gemeinsame Leistungen der gemeinsame Zweck verfolgt

---

8) v. Gierke, S. 261; Lehmann-Hoeniger, S. 290; Müller-Erzbach, S. 346; Saenger, S. 28 ff.

9) Lehmann-Hoeniger, S. 290; Rettig, S. 3, 4 u. 10, Saenger, S. 28.

10) § 338, § 339 HGB.; Weiser, S. 17.

11) Ennecceerus-Lehmann, S. 564, Anm. 1; Flechtheim, § 335, Anm. 2; Geiler, S. 68, 341, 342; Planck, Vorbem. zu § 705 II, 3; Müller-Erzbach, S. 346; RGR.-Komm. § 705, Anm. 3; Staudinger, § 705 II, 3 pr.; RG. 73, S. 287; 77 S. 226; 80 S. 268; 91 S. 428; 92 S. 342; 109 S. 382; 115, S. 366; LZ. 115, S. 1379; 1920, S. 44; 1924, S. 817; JW. 05, S. 719; 09, S. 656; 12, S. 74 u. 19, S. 933; „Recht" 1923, S. 877; a. A. Silberschmidt, S. 11 und in ZHR. 79, S. 466.

12) Saenger, S. 39; Geiler, S. 346; JW. 13, S. 431; RFH. 4, S. 15.

13) Saenger, S. 40; Katzenstein, S. 49/50; Hoeniger, ZHR. 84, S. 505; Geiler, Anm. 53 u. 299; v. Gierke, DtschPrivR. III, S. 834; RGR.-Komm. § 718, Ziff. 6.

14) Geiler, Anm. 307; JW. 13, S. 431; RG. 80, S. 271.

wird[15]). Die stille Gesellschaft bezwecke den Betrieb des Handelsgewerbes des Komplementars zum unmittelbaren Vorteil beider Vertragsteile, die beide den Gesellschaftszweck förderten, und zwar der Stille in Form der Vermögenseinlage, der Gerant dadurch, daß er sein Handelsgewerbe dem Betrieb dienstbar mache[16]). Es liege also ein gemeinsamer und gemeinschaftlich verfolgter Zweck vor. Daher besitze die stille Gesellschaft, wenn auch die Einlage des Stillen in das Vermögen des Komplementars übergehe und deshalb ein Gesellschaftsvermögen fehle, doch alle gesetzlich notwendigen Merkmale der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts[17]).

Ist hierdurch wirklich die Rechtsnatur der stillen Gesellschaft als Gesellschaft erwiesen?

Die gesetzliche Benennung[18]) und systematische Stellung im Gesetz allein genügen fraglos nicht, die stille Gesellschaft zu einer Gesellschaft zu stempeln[19]), um so weniger als aus der Systematik des Gesetzes nur folgt, daß die stille Gesellschaft keine Handelsgesellschaft ist[20]).

Ebenso ist auch aus den „direkten Aussprüchen" des Gesetzes, dem Ausschluß des § 716 BGB. in § 338 HGB. und dem Hinweis auf die §§ 132, 134, 135 HGB., § 723 BGB. in § 339 HGB. für die Rechtsnatur der stillen Gesellschaft Entscheidendes nicht herzuleiten; denn hier werden gerade nicht, wie etwa in den §§ 105, 161 HGB. allgemein die Vorschriften der bürgerrechtlichen Gesellschaft für subsidiär anwendbar erklärt und damit zum Ausdruck gebracht, daß es sich hier um eine modifizierte Gesellschaft handelt, sondern der Gesetzgeber gibt hier nur Einzelverweisungen[21]), die er deshalb für nötig erachtete, weil er die stille Gesell-

---

15) Enneccerus-Lehmann, S. 562; Geiler, Anm. 299; v. Gierke, S. 261; Kreß, S. 353.

16) Flechtheim, § 335, Anm. 16; Weiser, S. 18.

17) Flechtheim, § 335, Anm. 2; v. Gierke, S. 261; Wieland, S. 775/776; Kreß, S. 359, Anm. 26; RG. 73, S. 287; 77, S. 226.

18) Heck, S. 480.

19) Katzenstein, S. 32; Lübbert, S. 508/9; Wieland, S. 776, Anm. 15.

20) Müller-Erzbach, S. 346; Saenger, S. 28.

21) Marcus in Holdh. M.Schr. 1911, S. 257.

schaft offensichtlich[22]) für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hielt. Da aber die Absicht des Gesetzgebers nur insofern Recht geworden ist, als sie in dem Gesetz zum Ausdruck gekommen ist, sind solche Einzelverweisungen nicht geeignet, die Anwendbarkeit auch der sonstigen Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft auf eine sonst nicht als Gesellschaft anzusehende stille Gesellschaft zu begründen und diese zur Gesellschaft zu machen[23]).

Es kommt daher nur darauf an, ob hier wirklich der Tatbestand einer Gesellschaft gegeben ist.

§ 3. Die stille Gesellschaft ist keine Zweckgemeinschaft i. S. des § 705 BGB., sondern ein Austauschvertrag.

In Übereinstimmung mit dem bisher Gesagten wird heute auch regelmäßig die Rechtsnatur der stillen Gesellschaft als Gesellschaft damit begründet, daß die Erfordernisse des § 705 BGB. erfüllt seien[1]).

Da diese Voraussetzung dann gegeben ist[2]), wenn sich die Vertragsteile gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern, ist zunächst zu untersuchen, ob das bei der stillen Gesellschaft der Fall ist.

Dabei muß der Zweck, der durch den vertraglichen Zusammenschluß erreicht werden soll, ein gemeinsamer sein[3]); es genügt daher nicht, daß die Beteiligten einen bestimmten Zweck fördern[4]), daß der von allen geförderte Zweck ein gleichartiger sei[5]), sondern dieser muß gerade gemeinsam sein. Das Kriterium wird gewöhnlich näher dahin bestimmt: Die obligatorischen Beziehungen der Beteiligten dürfen nicht auf den Austausch von Leistungen, sondern

22) Denkschrift, S. 183.

23) Katzenstein, S. 32/33; Lang, S. 1; Lübbert, S. 508/10; Marcus, S. 257.

1) Flechtheim, § 335, Anm. 2, statt vieler.

2) Enneccerus, S. 562; Flechtheim, § 335, Anm. 2, Geiler, Anm. 15 u. 229; v. Gierke, S. 261; Kreß, S. 353; RGR.-Komm. § 705, Anm. 3; Planck, § 705 II, 2; Staudinger, Vorbem. zu § 705, II, 5 pr.; Henle, S. 48; Warneyer, 1911, Nr. 9 und RG. 77, S. 227; RG. 88, S. 1; 95, S. 149.

3) S. Anm. 2, auch RG. 73, S. 287.

4) RGR.-Komm. § 705, Anm. 3.

5) Gruchot 66, S 222.

müssen auf die Förderung des gemeinsamen Zweckes gerichtet sein. Demnach: „nicht Abschluß eines Austauschvertrages, bei dem sich die Parteien als Träger entgegengesetzter Interessen gegenüberstehen und ihre Leistungen im Hinblick auf eine Gegenleistung als Äquivalent für die eigene Leistung bewirken, sondern vertragsmäßige Vereinigung der Leistungen zu einem gemeinsamen Zwecke, durch genossenschaftliches Zusammenwirken im Hinblick auf ein gemeinsames Ziel“ [6]), es sind „alle auf dasselbe Ziel, auf die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes“ [7]) gerichtet.

Diese Vereinigung zu einem derartigen gemeinsamen Zweck ist also das für die Gesellschaft Begriffswesentliche und insofern der § 705 BGB. nicht dispositiv [8]). Besteht die Verpflichtung, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern, nicht, so besteht auch ein Gesellschaftsvertrag nicht [9]).

Wann aber liegt ein gemeinsamer Zweck im Sinne des § 705 vor?

Fraglos können alle möglichen menschlichen Zwecke — welches ihr Gegenstand auch sei — gemeinsam sein. Daher kann der gemeinsame Zweck von dem Zweck des einzelnen, wie er dem Austauschvertrag zugrunde liegt, nicht nach seinem Gegenstand unterschieden werden. Die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft treffen gegenständliche Einschränkungen auch nicht. Der Unterschied besteht vielmehr, wie durch die Abgrenzung gegenüber dem Austauschvertrag ersichtlich wird, in der Art, wie Zwecke mehrerer Personen zusammentreffen, also in welcher Beziehung sie zueinander stehen.

Der Austauschvertrag hat die Verschiedenheit der Zwecke der Vertragsteile zur Voraussetzung [10]), sein Erfolg besteht darin, daß zwei Werte ihren Platz miteinander vertauschen; was vor dem Vertrag der eine hatte, hat nach Erfüllung desselben der andere. Die Interessen beider Teile sind dabei

---

6) Enneccerus-Lehmann, S. 558, statt vieler.
7) Staudinger, Vorbem. zu § 705, II, 5 pr.
8) RG. 77, S. 224; JW. 1912, S. 74; Staudinger, Vorbem. zu § 705, II, 5 pr.
9) RGR.-Komm., § 705, Anm. 3.
10) v. Jhering, S. 213 ff.

„polarisch entgegengesetzt — je unvorteilhafter der Kauf für den Käufer, um so vorteilhafter für den Verkäufer und umgekehrt; die Politik eines jeden Teiles läßt sich in den Satz fassen: sein Schaden mein Gewinn“ [11]).

Bei der Gesellschaft hingegen wird zwar die Verbindung mit anderen auch nicht aus reinem Wohlwollen eingegangen, sondern ebenfalls, weil der einzelne die anderen braucht, um seinen Zweck zu erreichen. Auch hierbei verfolgt also der einzelne *seinen* Zweck (sei er nun ideell oder materiell), aber der Zweck des einen „geht mit dem Zweck des anderen Hand in Hand“ [11]); „die beiderseitigen Interessen und Gefühle gehen im höheren einheitlichen Zweck auf“ [12]). Daher kann das Interesse des einen nicht leiden, ohne daß auch das des anderen litte: also hier gilt nicht „mein Vorteil, sein Nachteil“, sondern „sein Vorteil, mein Vorteil“ [13]), mein Nachteil, sein Nachteil.

Haben nun die Vertragsparteien der stillen Gesellschaft in dieser Weise einen gemeinsamen Zweck?

Die herrschende Lehre bejaht es, weil „die stille Gesellschaft den Betrieb des Handelsgewerbes des Komplementars zum unmittelbaren Vorteil beider Vertragsteile bezweckt“ [14]). Aus dem oben Gesagten geht aber schon hervor, daß trotz „unmittelbaren Vorteils beider Vertragsteile“ diese nicht schon einen gemeinsamen Zweck zu haben brauchen. Z. B. würden auf Grund eines Kaufvertrages über ein Grundstück gewöhnlich durchaus „beide Vertragsteile unmittelbaren Vorteil“ haben — denn was sonst würde die Parteien zu seinem Abschluß veranlassen? — Trotzdem nimmt deshalb nicht schon irgend jemand an, daß ihnen der Zweck des Vertrages gemeinsam sei. Jeder weiß vielmehr, daß hier trotz beiderseitigen „unmittelbaren Vorteils“ von den Beteiligten um der Gegenleistung willen geleistet wird, die Zwecke „polarisch entgegengesetzt“ sind, ein typischer Austauschvertrag vorliegt, bei dem des Käufers Vorteil des Verkäufers Nachteil ist und umgekehrt. Der „unmittelbare Vorteil beider Vertrags-

---

11) v. Jhering, S. 217.
12) Müller-Erzbach, S. 347.
13) v. Jhering, S. 217.
14) Flechtheim, § 335, Anm. 2.

teile" rechtfertigt es also nicht, einen „gemeinsamen Zweck" der Gesellschafter anzunehmen.

Bei der stillen Gesellschaft soll[15]) sich indessen trotzdem aus dem Vorliegen solchen unmittelbaren Vorteils der Parteien das Vorliegen eines gemeinsamen Zweckes ergeben, weil dieser „unmittelbare Vorteil" für beide erst aus dem Betriebe des Handelsgewerbes komme und nicht schon wie beim Kaufvertrage im Erwerb der Gegenleistung selbst liege. Daher soll von den Parteien nicht — wie beim Austauschvertrag — die Gegenleistung, sondern die „Erzielung eines möglichst hohen Geschäftsgewinns", der „Betrieb des Handelsgewerbes" und dies gemeinsam bezweckt sein[16]).

In der Tat gehen hier insoweit „die Interessen der Parteien eine gewisse Strecke parallel"[17]), wie sie es stets tun, wenn mehrere an einem Erfolg, einem Geschäftsergebnis beteiligt sind. Lediglich aus derartiger Gewinnbeteiligung — bei der sich also die Höhe des Entgeltes nach der Größe des Enderfolges[18]) richtet[19]) — darf aber nicht auf das Vorliegen einer Gesellschaft geschlossen werden. Das hat schon Crome[20]) überzeugend dargelegt und ist von Literatur und Rechtsprechung einstimmig anerkannt[21]). Denn wenn auch die Mitglieder einer Gesellschaft, die materiellen Interessen dient, am Gewinn beteiligt sind, so ist das doch nicht nur bei der Gesellschaft, sondern auch bei vielen anderen Geschäften möglich, ohne daß diese wegen des hinzutretenden partiarischen Momentes ihren Charakter als Austauschverträge verlieren[22]) und zu Rechtsgeschäften mit gemeinsamem Zweck, also zu Gesellschaften werden, seien es Pacht-, Miet-, Dienst-, Werk- oder sonstige Verträge gegen Gewinnbeteiligung. Denn z. B. bei einem partiarischen Werkvertrag

---

15) Flechtheim, § 335, Anm. 2 u. a.
16) So z. B. Weiser, S. 18: Flechtheim, § 335, Anm. 2.
17) Crome, S. 147.
18) Und nicht wie bei der Provision nach dem Objekt.
19) Eisser, S. 167: Enneccerus-Nipperdey, S. 451.
20) S. 446 ff.
21) Lang, S. 32 u. a.
22) Crome, S. 146.

„haben beide Parteien zunächst allerdings das Interesse, das Kapital durch Arbeit möglichst ergiebig zu machen, die Erträgnisse desselben zu vermehren. Aber damit erschöpft sich der Zweck des Vertrages nicht“[23]). Es liegt vielmehr im Grunde „eine Kombination diametral entgegengesetzter Interessen vor“ — der eine bedarf des Arbeitserfolges, der andere des Lohnes —, „die in dem abgeschlossenen Vertrage nach Ausgleich ringen. Das Bedürfnis dieses Ausgleichs ist es, was die Parteien aufeinander hinweist, so daß sie sich suchen und in bestimmter Weise zur Erreichung eines Erfolges zusammenwirken, den keine Partei allein erzielen kann“: der Herr des Kapitals nicht ohne die Arbeit, der Arbeiter nicht ohne den Stoff. „Was die Parteien zu dieser Gemeinsamkeit zusammenführt, ist also lediglich ihr eigensüchtiges, durchaus entgegengesetztes Sonderinteresse: jeder will möglichst viel verdienen und möchte das, wenn er könnte, ganz allein. Weil keiner es allein kann, so kontrahieren die Parteien auf Umsatz von Gütern“[24]) wie auch bei jedem anderen Werkvertrag; nur vereinbaren sie hier eine andere Entgeltsform: der Werklohn wird weder im voraus festgesetzt, noch soll er sich nach den aufgewendeten Arbeitsstunden richten, vielmehr in einer bestimmten Quote des Gewinnes bestehen, nämlich in der rechtlichen Beteiligung desjenigen am Wirtschaftsprodukt, durch dessen Beihilfe die Herstellung dieses Produktes gelang[25]).

Danach sieht es so aus, als ob der Satz: „Mein Vorteil, sein Nachteil“ für die Austauschverträge doch nicht ohne weiteres gelte; denn im partiarischen Verhältnis scheint der Vorteil des einen auch der des anderen zu sein: je größer der Gewinn, desto größer der Vorteil eines jeden.

Aber dies gilt nur teilweise, nur zunächst, wie sich am klarsten bei dem klassischen Beispiel[26]) partiarischer Verhältnisse: der Teilpacht, zeigt. Des Pächters Vorteil ist — wenn er auch eine Quote dem Verpächter abgeben muß —

23) Crome, S. 147.
24) Crome, S. 147.
25) Crome, S. 27.
26) Eisser, S. 1: „Die Teilpacht ist uralt und stellt die Urform der partiarischen Rechtsgeschäfte dar“ und S. 87, 146.

desto größer, je mehr er aus dem Boden herauswirtschaftet und je weniger er in diesen hineinsteckt [27]); am besten also bei Raubbau [28]). Das aber ist der Nachteil des Verpächters. Denn erhält dieser bei höherem Ertrag auch größeren Gewinnanteil, so ist doch das ausgebeutete Land danach weniger wert. So liegt gerade hier der „Keim zu Zwistigkeiten", „indem der Kolon das Bestreben des Verpächters auf eine rationale, nicht nur für die Gegenwart berechnete Wirtschaft als Hinderung seiner auf möglichst reichlichen Ertrag gerichteten Bebauungstätigkeit ansieht" [29]), wie er auch nicht geneigt sein wird, Verbesserungen an der Pachtsache vorzunehmen [30]).

Solange also die Parteien nicht auch am Gegenstand beteiligt sind, aus dem der Gewinn gezogen wird und dessen Ertrag ihnen in bestimmtem Verhältnis gemeinsam zusteht, wird niemals der Vorteil des einen sich mit dem des anderen decken und also kein gemeinsamer Zweck gegeben sein.

Damit dies aber der Fall ist, genügt andererseits schon jede und noch so lockere Art der Beteiligung an dem Gegenstand, an dem Geschäft, an dessen Erträgnissen die quotale Berechtigung gegeben ist: „Die Erreichung des Zweckes muß nur allen zugute kommen" [31]). Die intensivste Beteiligung ist die, daß der „Gegenstand" den Parteien zur gesamten Hand gehört, wie es grundsätzlich bei der Gesellschaft des BGB. der Fall ist. Es ist jedoch klar, daß auch ohne Bildung eines Gesamthandvermögens [32]), jede andere Art der Beteiligung — für die Gemeinsamkeit des Zweckes — genügt, sofern nur dabei jeder der Parteien eine etwa vorkommende Wertverminderung zugunsten des Gewinns (Raubbau, unkaufmännische Geschäftsführung) zur Last fällt, jede Wertsteigerung auf Kosten des Gewinnes (durch Investierungen, Abschreibungen etc.) zugute kommt. Dies erfolgt schon dann, wenn der Gegenstand zwar im Eigentum der einen Partei steht, die andere aber für den Fall der Beendigung der Gewinn-

27) Eisser, S. 151.
28) Eisser, S. 30.
29) Crome, S. 85.
30) Eisser, S. 151.
31) Knoke, S. 12.
32) RG. 77, S. 227.

und Verlustbeteiligung einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Liquidationsquote erhält. Hier schon stimmen die Interessen der Beteiligten wieder überein, der Vorteil des einen ist wieder der des anderen, also ist der Zweck gemeinsam; mehr aber ist — wie schon oben [33]) dargelegt — nach § 705 BGB. nicht zu fordern [34]).

Bei partiarischen Verhältnissen besteht jedoch ein derartiger Anspruch auf eine Liquidationsquote nicht, vielmehr ist allein die Gewinnquotenberechtigung und die Forderung auf die Gegenleistung gegeben. Im übrigen macht hier der eine den Erwerb und Gewinn für sich allein und tauscht lediglich einen Teil des Erwerbs gegen die Leistung des anderen aus [35]). Bei dieser Sachlage ist nach dem Obengesagten hier das Vorliegen eines gemeinsamen Zweckes der Parteien zu verneinen [36]). Zu Recht werden deshalb die partiarischen Verhältnisse nicht mehr als Gesellschaften angesehen, seitdem Crome auf deren Austauschcharakter hingewiesen und klargestellt hat, daß Gewinnbeteiligung eine besondere Lohn- bzw. Entgeltsform ist.

Wie bei den partiarischen Verhältnissen erschöpfen sich aber auch bei der stillen Gesellschaft die Vermögensrechte der Beteiligten in den Ansprüchen auf Leistung und Gegenleistung: der Gerant kann nur Leistung der Einlage in sein Vermögen gemäß § 335 HGB. vom Stillen fordern. Dieser kann dafür seine Gewinnquote sowie bei Auflösung des Verhältnisses — wodurch seine Gewinnbeteiligung, nicht aber das Handelsgewerbe selbst endet [37]) — Auszahlung seines Guthabens gemäß § 340 HGB. verlangen [38]). Weil die Einlage in das Vermögen des Geranten übergegangen ist und der Stille in keiner Weise an dessen Vermögen, insbesondere nicht an dessen Betrieb, sondern gemäß § 336 HGB. nur am Gewinn beteiligt ist, bedeutet dabei „Auszahlung seines

---

33) S. 15/16.
34) RG. 77, S. 277; 73, S. 286.
35) Enneccerus-Lehmann, S. 561.
36) Lang, S. 22.
37) Staub, § 340, Anm. 1; JW. 1893, S. 543, Nr. 27.
38) Flechtheim, § 340, Anm. 3; Lang, S. 33; Müller-Erzbach, S. 349.

Guthabens": Ausschüttung des Gewinns des letzten Geschäftsjahres und Rückzahlung seiner Einlage [39]), durch deren Gutschrift das Kapitalguthaben entstanden war [40]). Der Stille hat also keinen Anspruch auf Abfindung für einen „ihm im Innenverhältnis zustehenden Anteil [41]) an einem im schuldrechtlichen Sinn vorhandenen Gemeinschaftsgut" [42]). Ein solches gibt es bei der stillen Gesellschaft nicht. Die Grundlage der Berechnung ist die Einlage — vermehrt durch etwaige Erhöhung und den Gewinn des letzten Geschäftsjahrs, vermindert durch Verlust und Entnahmen — nicht dagegen die Vermögenslage des Geranten zur Zeit des Ausscheidens [43]), da der Stille nicht an dieser, sondern gemäß § 336 HGB. nur am Gewinn beteiligt ist. Dies ist jetzt unstreitig, denn auch das Reichsgericht [44]) lehnt — trotz allerdings weitestgehender Auslegung des „Gewinns" — Teilnahme des Stillen an jeder Erhöhung des Gesellschaftsvermögens ab und hat dabei seinen in RG. 94 S. 106 vertretenen Standpunkt, daß der Stille auch am Geschäftswert beteiligt sei, aufgegeben. Der Gerant bleibt also nicht nur alleiniger Eigentümer des Handelsgewerbes [45]), sondern auch bei der Auflösung des Verhältnisses ist er gemäß § 340 HGB. lediglich zur Berichtigung des Guthabens verpflichtet. Eine Liquidationsquote hat er dem Stillen nicht zu leisten [46]). In diesem Punkte liegt bei der stillen Gesellschaft ebenso wie bei anderen partiarischen Geschäften der „Keim der Zwistigkeiten". Daran zeigt sich klar, daß der Stille und der Gerant nur ein Stück Wegs gemeinsam gehen und ihre Zweckgemeinsamkeit nur scheinbar, daß aber der Vorteil des einen nicht der des anderen ist.

Der Stille wird gerade stets bestrebt sein, die Bildung stiller Reserven und Abschreibungen zugunsten mög-

39) LZ. 1930, S. 1452.
40) Flechtheim, § 340, Anm. 3; Müller-Erzbach, S. 348/9; Lang, S. 22 u. 33; Saenger, S. 144.
41) Flechtheim, § 340, Anm. 4.
42) Lang, S. 33.
43) Staub, § 340, Anm. 6; „Recht", 1927, Nr. 53.
44) RG. 120, S. 411; 126, S. 393.
45) Flechtheim, § 340, Anm. 4.
46) s. Anm. 45.

lichst großer Gewinnausschüttung zu verhindern, während der Gerant im Hinblick auf das langdauernde Gedeihen seines Geschäfts auf jene bedacht sein muß. Hieran wiederum hat aber im Grunde der Stille, dem auch ein Anteil aus der Veräußerung des Geschäfts nicht zusteht[47]), kein Interesse. Das tritt bei kurzfristigen stillen Gesellschaften am deutlichsten in die Erscheinung, weil dann der Stille nicht zu befürchten hat, daß durch übermäßige Gewinnausschüttung der Betrieb schon zur Zeit seiner Gewinn- und Verlustbeteiligung — mangels größerer Reserve — unrentabel werde.

So wird sein Vorteil der Nachteil des Inhabers des Handelsgewerbes. Die Beteiligten einer stillen Gesellschaft verfolgen also wie die eines sonstigen partiarischen Verhältnisses einen „gemeinsamen Zweck" nicht. Vielmehr macht der Gerant den Erwerb und Gewinn für sich allein und tauscht nur einen Teil des Gewinnes gegen die Leistung des Stillen: gegen die Überlassung der Einlage[48]). Es liegt also darin bei der stillen Gesellschaft nicht anders als bei sonstigen partiarischen Rechtsverhältnissen.

Wollte man daher — trotz dieses Austauschzweckes der Leistungen — bei der stillen Gesellschaft wegen der anfänglichen Weggemeinsamkeit, die sie von den sonstigen Austauschverträgen abhebt, das Vorliegen eines gemeinsamen Zweckes im Sinne des § 705 BGB. bejahen, so müßte man sich entschließen, weil jene anfängliche Weggemeinschaft gerade so bei den anderen partiarischen Geschäften vorliegt, dasselbe auch bei diesen trotz der Darlegungen von Crome zu tun und diese wieder als Gesellschaften anzusehen. Aber die Berechtigung solcher Annahme ist gegenüber der für die Gesellschaft des BGB. durch § 705 zwingenden Forderung nicht nur des „unmittelbaren Vorteils", sondern der Zweckgemeinsamkeit nicht haltbar, wie auch die herrschende Lehre im Anschluß an Crome für die anderen partiarischen Geschäfte eine Gemeinsamkeit des Zweckes verneint und diese daher nicht mehr als Gesellschaften, sondern als Austauschverträge ansieht.

47) Koenige, § 336, Anm. 2.
48) Enneccerus-Lehmann, S. 602.

Da also die Zweckbeziehungen bei der stillen Gesellschaft wie bei einem partiarischen Verhältnis gestaltet und der Gerant und der Stille nur durch eine anfängliche Weggemeinsamkeit verbunden sind, ohne daß sie einen gemeinsamen Zweck verfolgen, ergibt sich, daß die von der herrschenden Lehre angeführten Gründe, insbesondere die Berufung auf § 705 BGB., es nicht rechtfertigen, die stille Gesellschaft als eine Gesellschaft anzusehen.

Die Lage der Parteizwecke ist bei der stillen Gesellschaft nach dem oben Dargelegten vielmehr dieselbe wie bei einem partiarischen Darlehensverhältnis. Denn auch hier ist gerade nur insofern Zweckgemeinschaft vorhanden, als der Darlehensgeber einen Anteil am Vertrage dessen erhält, „was von dem Darlehensnehmer durch den vertragsmäßigen Gebrauch des hingeliehenen Geldes während der Zeit des Kreditums gewonnen wird“ [49]). Das ist das Gleiche wie bei der stillen Gesellschaft [50]).

§ 4. Die Vorschriften des HGB. über die stille Gesellschaft setzen nicht den Tatbestand der Gesellschaft, sondern den des partiarischen Darlehens voraus.

Dennoch wäre die stille Gesellschaft nicht ein partiarisches Darlehensverhältnis, sondern eine Gesellschaft, wenn das im übrigen aus den Vorschriften des HGB. über die stille Gesellschaft folgte, weil sie gesellschaftsrechtliche Regelungen enthielten oder auch nur einer dieser im folgenden einzeln darzulegenden Rechtssätze das Vorliegen einer Gesellschaft erforderte.

§ 335 I normiert nichts anderes, als was bei einem anderen partiarischen Rechtsverhältnis, insbesondere bei einem partiarischen Darlehen auch anzunehmen ist: die Einlage des Stillen ist so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht. Dieser aber betreibt dann — wie ein Darlehensnehmer — sein Gewerbe [1]). Sogar das

49) Crome, S. 374.
50) S. oben S. 21, 22.
1) Ritter, § 335, Anm. 4b; Müller-Erzbach, S. 348.

Reichsgericht[2]) stellt fest, daß hierbei solche Verpflichtung des Stillen allein nicht ausreicht, um von einer Förderung eines gemeinsamen Zweckes zu reden, und hält daher jene bei der stillen Gesellschaft wie beim reinen Darlehensvertrag für möglich und „also für die Auslegung nicht entscheidend"[3]).

Auch die Pflicht des Geranten, das Geld in dem Betrieb zu verwenden und diesen zu führen, setzt nichts anderes als die Annahme eines Darlehens voraus[4]). Sie ergibt sich schon aus der partiarischen Klausel; denn beim partiarischen Darlehen besteht die bedungene Vergütung „im Anteil des Darlehensgebers am Ertrage dessen, was von dem Darlehensnehmer durch den vertragsmäßigen Gebrauch des hingeliehenen Geldes während der Zeit des Kreditums gewonnen wird"[5]). Es ist also nicht eine spezifische Gesellschafterpflicht, zumal derartige schuldrechtliche Verwendungsbeschränkungen wie die des Geranten hinsichtlich der Einlage auch bei anderen Rechtsverhältnissen, z. B. bei Stipendien zu Studienzwecken, sich aus Treu und Glauben ergeben oder auch vertraglich — gewöhnlich durch Vereinbarung von Bedingungen — vorgeschrieben sein können[6]).

Allerdings ist die stille Gesellschaft als Konsensualvertrag ausgestaltet, aber daraus ist nicht mehr — wie zur Zeit der Herrschaft des römischen Rechts — auf das Vorliegen einer Gesellschaft zu schließen[7]). Denn selbst vom Standpunkt des Reichsgerichts und der herrschenden Lehre, die das Darlehen des § 607 BGB. als einen Realvertrag ansieht, ist man wegen des Konsensualcharakters des Verhältnisses doch nicht auf die Annahme eines Gesellschaftsvertrages angewiesen. Vermöge der Vertragsfreiheit ist jedenfalls auch ein Konsensualdarlehen möglich[8]) und liegt bei partiarischen Darlehensverhältnissen, die stets genauere und ausführlichere Parteivereinbarungen erfordern, in der Regel vor. Denn

2) RG. 77, S. 228; LZ. 1930, S. 1452.
3) LZ. 1930, S. 1452.
4) A. A. die h. L.: vgl. Weiser, S. 15.
5) Crome, S. 374; Lang, S. 27; Eisser, S. 162.
6) Lang, S. 27.
7) Saenger, S. 35.
8) Siber, S. 319; Menzel, § 17, Anm. 1 b, und schon Kohler, ArchBR. 2, S. 211 ff.

haben die Parteien sich geeinigt und wird dann gezahlt, so zweifeln die Beteiligten nicht daran, daß hier eine Vertragspflicht erfüllt und nicht ein neues Geschäft abgeschlossen wird[9]). Dennoch hört der Vertrag deshalb nicht etwa auf, ein Darlehen zu sein[10]).

Wenn § 335 I darüber hinaus bestimmt, daß die Einlage des Stillen in jeder geldwerten Leistung bestehen kann, so bedeutet das zwar eine Abweichung von § 607 BGB., wonach der Darlehensnehmer Geld oder andere vertretbare Sachen empfangen haben soll. Weil aber unstreitig die Valuta in der verschiedensten Weise zugewendet werden kann, widerspricht diese Bestimmung im Hinblick auf § 340 HGB. der Annahme eines Darlehens[11]) ebensowenig wie die Leistungsart beim contractus mohatrae; denn gemäß § 340 HGB. schuldet der Gerant wie beim gewöhnlichen Gelddarlehen den Geldwert der Einlage, welcher Art diese auch gewesen sein mag.

Daß die Einlage endlich dem Inhaber eines Handelsgewerbes gegeben werden muß, hat natürlich keinerlei Einfluß auf die Rechtsnatur des Verhältnisses, sondern beschränkt nur die Anwendbarkeit der Vorschriften auf solche Geranten.

Auch § 336, der die Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust regelt, könnte bei jedem anderen partiarischen Verhältnis, insbesondere beim partiarischen Darlehen, gerade so lauten. Jedoch eben darin, daß der Stille, falls das nicht besonders ausgeschlossen ist, gemäß § 336 II HGB. am Verlust teilnimmt, sieht die herrschende Lehre[12]) ein Unterscheidungsmerkmal der stillen Gesellschaft als Gesellschaft gegenüber einem partiarischen Darlehen. Allerdings liegt bei partiarischen Verhältnissen schlechthin, ebenso wie bei anderen Schuldverhältnissen nicht schon ohne weiteres wie hier gemäß § 336 II mangels anderer Vereinbarung Verlustbeteiligung vor, wenn das auch für den commis intéressé[13]) angenommen wird. Es ist jedoch an-

9) Heck, S. 327.
10) Wie es Weiser, S. 14, glaubt.
11) So schon Weiser, S. 13.
12) Vgl. u. a. LZ. 1917, S. 133.
13) Ludwig Lehmann, S. 51.

dererseits nichts typisch Gesellschaftsrechtliches. Zwar werden die Mitglieder einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kraft Mitgliedschaft mangels besonderer Befreiung am Verlust beteiligt sein [14]), doch ist diese Beteiligung weder für die Stellung als Gesellschafter wesentlich [15]), noch genügt ihr Vorhandensein, um begrifflich Erforderliches zu ersetzen. Daher wird auch bei einer Verlustbeteiligung zu prüfen sein, ob die Erfordernisse einer Gesellschaft des BGB. gegeben sind. — Da gegenüber bloßer Gewinnbeteiligung die Verlustbeteiligung ein stärkeres Zusammenschließen bedeutet, wird ihr Vorliegen tatsächlich oft ein Indiz dafür sein, daß sogar Vergemeinschaftung des Zweckes erfolgt ist. Aber mehr als ein Indiz ist sie nicht — ebenso wie die Gewinnbeteiligung [16]). Sie könnte auch bei einem partiarischen Darlehen vereinbart oder gesetzlich bestimmt werden, ohne daß deshalb von einem darlehensähnlichen Geschäft nicht mehr gesprochen werden könnte [17]), ohne daß dieses dadurch zur Gesellschaft gemacht worden wäre: gerade so, wie sie für einzelne Gesellschafter ausgeschlossen sein kann, ohne daß diese deshalb ihre Gesellschafterstellung verlieren, sofern sie sie nur im übrigen haben [18]). Verlustbeteiligung setzt also nicht das Bestehen einer Gesellschaft voraus. Daher rechtfertigt weder allein ihr Vorliegen die Annahme einer Gesellschaft, noch setzt es einen anderen Tatbestand als den des partiarischen Darlehens voraus.

Eine von der gesellschaftsrechtlichen Bestimmung des § 722 BGB. aber abweichende Regelung trifft § 336 HGB. schließlich bezüglich der mangels anderer Parteivereinbarung geltenden Gewinn- und Verlustbeteiligung: Der Stille hat im Zweifel nicht g l e i c h e n Anteil wie der Gesellschafter des BGB., sondern „angemessenen", also nicht stets, sondern nur unter besonderen Umständen gleichen. Dies entspricht den allgemeinen Regeln des BGB., insbesondere § 317 BGB. Nach diesen Vorschriften allein schon wäre bei partia-

---

14) G e i l e r, Anm. 96 (S. 120).
15) G e i l e r, Anm. 98 (S. 121).
16) RG. 95, S. 149.
17) RG. 46, S. 115.
18) ROHG. 12, S. 100; JW. 1903, Beil., S. 17, Nr. 34; RG. 93, S. 286 u. 142, S. 22.

rischen Verhältnissen entsprechend dem § 336 I HGB. zu entscheiden. Diesen gegenüber ist also nur in § 722 BGB. für die Gesellschaft wegen der besonderen Gemeinsamkeit der Beteiligten eine davon abweichende Auslegungsregel gegeben, die aber gemäß § 336 HGB. für die stille Gesellschaft gerade nicht durchgreifen soll.

Auch § 337 bestimmt nichts Gesellschaftsrechtliches. Jährliche Gewinnberechnung und -auszahlung gilt zwar nach § 722 BGB. im Zweifel auch für Gesellschaften von längerer Dauer, hat aber nicht in dem Gesellschaftsverhältnis seinen Ursprung, sondern beruht auf dem allgemeinen Handelsbrauch, vor allem auf § 39 II HGB. Das gilt daher ebenso für den commis intéressé wie für andere partiarisch Berechtigte[19]). Diese sind auch gerade so wie der stille Gesellschafter gemäß § 337 II, 2 nicht verpflichtet, einmal bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen[20]). Hier wie dort sind vielmehr die einzelnen Rechnungsperioden „als ein einheitliches Ganzes anzusehen“[21]), das durch den späteren Gang der Geschäfte nicht mehr beeinflußt werden kann.

Überdies weicht § 337 II auch von der gesellschaftsrechtlichen Regelung des § 721 II BGB. ab. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts erfolgt die Verlustverteilung nicht wie hier jährlich, sondern immer erst nach Auflösung der Gesellschaft[22]). Dies zeigt ebenso wie die Regelung des § 721 BGB., von der § 721 Abs. 2 BGB. nur die Ausnahme bildet, die gegenüber der stillen Gesellschaft grundsätzlich stärkere und dauerndere Bindung des BGB.-Gesellschafters an den Zweck.

Das Gleiche läßt der Satz 1 des § 337 II HGB. erkennen. Er geht noch weiter von der Regelung der gewöhnlichen Gesellschaft des BGB. ab: die Verlustteilnahme des Stillen ist auf seine Einlage beschränkt, während die Gesellschafter des bürgerlichen Rechts gemäß § 735 BGB. regelmäßig

19) Crome, S. 217.
20) Crome, S. 216.
21) Crome, S. 216, und für die stille Gesellschaft schon RG. 48, S. 82.
22) Staudinger, § 721, Anm. 1; Geiler, Anm. 98 (S. 120).

verpflichtet sind, für den Fehlbetrag unabhängig von der Höhe ihrer Einlage aufzukommen[23]). Derartige Verlustbeteiligung, die Verpflichtung zur gemeinsamen Deckung des Fehlbetrages schlechthin deutet zweifellos auf enge Zweckverbundenheit der Parteien hin; anders aber nach der Abschwächung durch § 337 II HGB. Da diese Beschränkung unabhängig von der Höhe des Verlustes im Geschäft eintritt, läßt sich hiernach nicht mehr eine Gemeinsamkeit des Zweckes, jenes Geschäftsbetriebes, vermuten, zumal die Verlustteilnahme auch bei partiarischen Verhältnissen stets in gleicher Weise beschränkt werden dürfte.

Auch Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 des § 337 enthalten keine gesellschaftlichen Rechtsfolgen. Daß weitere Gewinne zunächst zur Deckung des Verlustes dienen, ergibt sich aus der Verlustdeckungspflicht als solcher[24]), gleichgültig, ob diese auf einem partiarischen Verhältnis oder einer Gesellschaft beruht, und daß nicht erhobener Gewinn ohne besondere Vereinbarung die Einlage nicht vermehrt, entspricht allgemeinen Grundsätzen über Begründung und Änderung vertraglicher Verbindlichkeiten, die jedenfalls auch für Darlehensverhältnisse und dergl. Anwendung finden.

Anderes sollen aber nach der herrschenden Lehre die Rechte des stillen Gesellschafters gemäß § 338 HGB. ergeben. Gerade aus dem Kontroll- und Informationsrecht des Stillen wird auf das Vorliegen einer Gesellschaft geschlossen, gerade in diesem das Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem partiarischen Darlehen gesehen[25]). Die Befugnisse des Stillen auf Grund von § 338 bleiben jedoch erheblich hinter den Rechten selbst eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft zurück[26]), weil gemäß § 338 II dem Stillen gerade die Rechte des § 716 BGB. nicht zugestanden werden[27]). Im Gegensatz

---

23) Staudinger, § 735, Anm. I, 1.
24) Flechtheim, § 337, Anm. 14.
25) Flechtheim, § 335, Anm. 11; v. Gierke, S. 263; Müller-Erzbach, S. 347; Saenger, S. 36; Weiser, S. 16.
26) Dies gibt auch die h. L. zu: Flechtheim, § 338, Anm. 1; v. Gierke, S. 253 u. S. 263.
27) Flechtheim, § 338, Anm. 1; Lang, S. 26/27.

zu dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter des bürgerlichen Rechts hat er also nicht ein umfassendes, jederzeitiges Kontrollrecht[28]), kann sich nicht von den Angelegenheiten der Gesellschaft stets unterrichten und darf sich auch nicht Übersichten anfertigen und mitnehmen[29]). Er hat ferner auch, da ihm außer den Befugnissen des Abs. 1 und 3 des § 338 HGB. weitergehende Rechte nicht zustehen, nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes die Rechte des § 716 II BGB. nicht.

Daher ist gerade eine für die Gesellschaft zwingende Vorschrift hier nicht anwendbar[30]). Allerdings sollen nach herrschender Lehre[31]) durch § 338 II HGB. nur die Rechte des § 716 I BGB. gemeint sein, „nicht auch die gegen Unredlichkeit gerichtete zwingende Vorschrift des § 716 II BGB."[32]). Diese Vorschrift ist aber nur für Gesellschaftsverhältnisse zwingend, nicht für andere Rechtsverhältnisse. Da sie hier durch den klaren Wortlaut des Gesetzes mit anderem ausgeschlossen ist, so kann nicht davon die Rede sein, daß sie wegen ihrer für die Gesellschaft zwingenden Natur doch auch für die stille Gesellschaft Geltung hat. Die herrschende Lehre geht demgegenüber gerade schon davon aus, daß die stille Gesellschaft eine Gesellschaft ist und nimmt — weil sie von dieser Voraussetzung ausgeht — an, daß diese zwingende Vorschrift nicht ausgeschlossen werden sollte. § 338 II gibt aber dafür keinen Anhaltspunkt.

Auch eine sinngemäße Anwendung des § 716 II[33]) würde lediglich dann möglich sein, wenn sich dies aus dem Charakter des Kontrollrechts des Stillen ergeben würde. Als solches bleibt also nur das Recht, abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Damit ist sein Recht auf Auskunftserteilung erschöpft[34]). Er hat

28) v. Gierke, S. 253.
29) Staudinger, § 716, Anm. 1 a.
30) Lang, S. 27; Crome, S. 394.
31) Staub, § 338, Anm. 10; Ritter, § 338, Anm. 3, u. a.
32) Staub, § 338, Anm. 10.
33) Ritter, § 338, Anm. 3.
34) Flechtheim, § 166, Anm. 5 und § 338, Anm. 1; Staub, § 338, Anm. 1.

nicht die Rechte aus § 259 BGB.[35]) und kann insbesondere keinen Nachweis über die einzelnen im Geschäftsjahre abgewickelten Geschäfte verlangen, dieser soll vielmehr durch die Mitteilung der Bilanz ersetzt sein.

Sind diese Rechte des stillen Gesellschafters nun Gesellschafterrechte oder stehen sie auch anderen, insbesondere partiarisch Berechtigten, die nicht Gesellschafter sind, zu? Wird einem Darlehensgeber ein Gewinnanteil zugesagt, so ist dieser nicht wie gewöhnlicher Zins etwas Bestimmtes, Gleichbleibendes, „ein für allemal Fixiertes“[36]), sondern er muß immer von neuem nach dem jeweiligen Geschäftserfolg, an dem der partiarische Darlehensgeber beteiligt ist, festgestellt werden. Daß die Gegenleistung, die der Darlehensgeber zu erwarten hat, sich nach dem Erfolg des Geschäfts bestimmt, ist aber Grund genug, daß ihm die Gelegenheit gegeben werden muß, sich von diesem zu überzeugen[37]), will man ihn nicht der Willkür des Darlehensnehmers überantworten. Der Geldgeber kann also nicht auf die Gnade[38]) oder Ungnade seines Schuldners hinsichtlich der Höhe der ihm zustehenden Vergütung, d. h. auf bloße Angaben betr. des Betriebsgewinns angewiesen sein. Will man die partiarischen Berechtigungen nicht illusorisch machen, muß zu deren Durchsetzung ein Kontrollrecht gewährt werden: das ergibt sich aus Treu und Glauben auch ohne besondere Vereinbarung oder ausdrückliche Anordnung des Gesetzes[39]). Aus Treu und Glauben ergibt sich auch der Inhalt des Rechts[40]). Da der Geldgeber nicht selbst Unternehmer ist, hat er ebensowenig wie der stille Gesellschafter ein allgemeines Recht der Überwachung[41]). Vielmehr ist sein Kontrollrecht auf das zur Feststellung seiner Rechte unumgänglich Notwendige

35) Flechtheim, § 338, Anm. 2.
36) Crome, S. 384; auch Eisser, S. 167.
37) Crome, S. 94, für partiarisches Pachtverhältnis, S. 136 für partiarische Miete, S. 120 ff. für Quotaldienstvertrag.
38) Eisser, S. 41.
39) Staudinger, § 242, Anm. III, 1; Eisser, S. 162, 168, 176; Silberschmidt, ZHR. 96, S. 303; Hoeniger, Gemischte Verträge S. 273; Crome, S. 101, 222, und im Ergebnis ebenso Staub, § 335, Anm. 22; RG. 73, S. 288.
40) Staudinger, § 242, Anm. II pr. u. I.
41) Crome, S. 393.

beschränkt: das ist die Mitteilung der Bilanz, die den Geschäftsgewinn ausweist und zu deren Prüfung Einsicht der Bücher und Papiere, falls solche nicht vorhanden sind, der entsprechenden Unterlagen. Diese Rechte sind nach herrschender Lehre insbesondere gestützt auf § 810 BGB. für partiarisch Berechtigte, z. B. den Teilverpächter[42]) und vor allem für den gewinnbeteiligten Angestellten anerkannt[43]); denn die Bücher und Papiere enthalten Beurkundungen, die rechtliche Beziehung zu dem Gewinnbeteiligungsverhältnis der Parteien haben[44]) und an deren Einsicht ein erhebliches vermögensrechtliches Interesse besteht[45]). Diese Rechte folgen aus der Modifizierung, welche die Rechtsverhältnisse durch das partiarische Element erhalten, aus dem Umstand, daß die Gegenleistung keine feste ist, sondern vom periodischen Gewinn des Unternehmens abhängt[46]). — Diese Rechte würde der stille Gesellschafter also auch ohne die gesetzliche Vorschrift des § 338 HGB. wegen seiner partiarischen Berechtigung haben[47]). Mehr aber als diese gewährt auch § 338 nicht. So wird z. B. ebensowenig wie bei anderen partiarischen Verhältnissen dem ohne stillen Teilhaber nicht buchführungspflichtigen Geranten solches durch § 338 I auferlegt, sondern hier wie dort genügen entsprechende Aufzeichnungen[48]).

Selbstverständlich sind vertragliche Beschränkungen dieser aus Treu und Glauben folgenden Rechte natürlich möglich, aber beim Verdacht von Unredlichkeit würde die Berufung auf eine solche vertragliche Beschränkung gerade wiederum gegen Treu und Glauben verstoßen und deshalb die Parteivereinbarungen darin ihre Grenze finden. Das gilt sowohl bei partiarischen Beteiligungsverhältnissen schlechthin als

42) Eisser, S. 176 u. 179.

43) JW. 27, S. 2416; RG. 56, S. 109 u. 87, S. 10—17; mit ausdrücklichem Hinweis darauf, daß Mitteilung eines Buchauszuges nicht genug schütze; Warneyer, 1908, S. 465; Staub, § 65, Anm. 5; Crome, S. 222; Lang, S. 25.

44) JW. 27, S. 2416.

45) Crome, S. 229 ff.

46) Crome, S. 384 u. Eisser, S. 186, der deren gesetzliche Normierung für alle partiarischen Geschäfte fordert; Silberschmidt, ZHR. 96, S. 303/4.

47) RG. 117, S. 334.

48) Flechtheim, § 338, Anm. 3.

auch bei der stillen Gesellschaft, aber auch für diese nur auf Grund des § 338 I HGB. in Verbindung mit § 242 BGB., nicht aber auf Grund und vor allem auch nicht in der Gestalt des durch § 338 II HGB. ausgeschlossenen § 716 BGB. Der Stille hat vielmehr selbst bei Verdacht der Unredlichkeit nie die Rechte des § 716 I BGB., sondern stets nur die Rechte des § 338 HGB. Das Kontrollrecht des § 338 HGB. steht also auch sonstigen partiarisch Berechtigten zu[49]), weil es gerade auf dem partiarischen Moment beruht[50]) — ergibt sich aus Treu und Glauben und ist daher insgesamt, auch einschließlich seiner besonderen gerichtlichen Gewährung aus wichtigem Grund gemäß § 338 III HGB., nichts Gesellschaftsrechtliches; es setzt kein Gesellschaftsverhältnis voraus.

Das gilt auch von den Kündigungsvorschriften des § 339 HGB. Sie stimmen mit dem bei partiarischen Verhältnissen Geltenden überein. Da diese ohnehin meist für längere Dauer eingegangen werden[51]) und bei ihnen die Gegenleistung auf dem Gewinn beruht, der nach Handelsbrauch jährlich bei der Bilanz errechnet wird, so ist grundsätzlich schon deswegen hier Kündigung für andere Zeit als für den Schluß des Geschäftsjahrs nicht zulässig[52]); im Gegensatz zu der für bürgerlichrechtliche Gesellschaften durch § 723 I, 1 BGB. getroffenen Regelung. Es gilt also das, was § 339 HGB. in Verbindung mit § 132 HGB. bestimmt, gerade bei einem partiarischen Verhältnis, insbesondere einem partiarischen Darlehen, nicht aber bei einer Gesellschaft.

Die weitere Vorschrift des § 339 HGB., derzufolge 134 HGB. auf die stille Gesellschaft anzuwenden ist, entspricht zwar dem § 724 BGB., hat aber ihren Grund nicht im Gesellschaftsverhältnis, sondern darin, daß zu weitgehende vertragliche Freiheitsbeschränkungen hier wie bei anderen Rechtsverhältinssen — vgl. z. B. § 624 BGB. — nicht beachtet werden sollen[53]).

49) JW. 1927, S. 2415.
50) Crome, S. 101, 222, 280; Eisser, S. 186, der eine ausdrückliche gesetzliche Normierung dieses Kontrollrechts für „alle partiarischen Geschäfte und Verträge" fordert.
51) Crome, S. 241.
52) Crome, S. 217, 242.
53) Enneccerus-Lehmann, S. 579.

Auch der gemäß § 339 anzuwendende § 135 HGB., der das Gläubigerkündigungsrecht regelt, enthält nichts, was zur Annahme einer Gesellschaft nötigt. Die Regelung für die stille Gesellschaft weicht allerdings von der für die Gesellschaft des BGB. getroffenen nur dadurch erheblich ab, daß das Gläubigerkündigungsrecht gemäß § 339 und § 135 HGB. nur den Gläubigern des stillen Gesellschafters und nicht wie bei der typisch bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft allen, d. h. hier den Gläubigern beider „Gesellschafter", zusteht. Im übrigen aber stimmt sie mit der bürgerlichrechtlichen Norm überein, da § 135 HGB. sich von § 725 BGB. weiter nur noch insofern unterscheidet, als er etwas andere Voraussetzungen für das Kündigungsrecht schafft[54]), ohne dessen Wesen zu verändern. Dennoch handelt es sich nicht um Rechte, die ein Gesellschaftsverhältnis voraussetzen. Das Gläubigerkündigungsrecht des § 725 BGB. soll eine Benachteiligung der Gläubiger verhindern, „die Kündigung soll verhüten, daß durch die Einlage in eine Gesellschaft, also durch Eingehung eines Vertragsverhältnisses, Vermögenswerte den Gläubigern entzogen werden"[55]). Ohne dieses Kündigungsrecht bliebe die Einlage für die Gläubiger trotz der Pfändung unerreichbar. Denn auch ihr Schuldner, der Gesellschafter, hat gemäß § 719 BGB. einen Anspruch auf Leistung des Auseinandersetzungsguthabens erst nach Beendigung der Gesellschaft, da er vorher weder über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen, noch Teilung verlangen kann. Der Anteil des Gesellschafters bzw. OHGisten kann allerdings nach § 859 ZPO. auch trotz seiner Unübertragbarkeit gepfändet werden[56])[57]), durch diese Pfändung wäre jedoch

54) Auch ist nach § 135 HGB. das Auseinandersetzungsguthaben, nach § 725 BGB. der Anteil am Gesellschaftsvermögen zu pfänden, da aber auch dies nur bedeuten kann: Pfändung der aus der Mitgliedschaft pfändbaren Rechte, so ist es dasselbe wie nach § 135. Vgl. Geiler, Anm. 216; v. Tuhr, S. 369, Anm. 57.

55) Geiler, Anm. 214.

56) Gaupp-Stein-Jonas, § 859, Anm. II.

57) Das läuft praktisch hinaus auf Pfändung der aus dem Anteilsrecht herauswachsenden Ansprüche auf Gewinnanteil und auf das bei der Auseinandersetzung dem Gesellschafter Zukommende, die beide gemäß § 717 BGB. ohnehin übertragbar

die Gesellschaft noch nicht beendet. Dazu bedürfte es erst der Kündigung der Gesellschaft. Das Kündigungsrecht aber ist gemäß § 717 BGB. wegen des persönlichen Vertrauensverhältnisses zwischen den Gesellschaftern [58]) unübertragbar und wird von der Pfändung nicht ergriffen [59]). Sollte diese aber nicht illusorisch gemacht werden, so mußte dem Gläubiger trotz § 717 BGB. die Auflösung der Gesellschaft ermöglicht, also ihm das an sich unübertragbare Kündigungsrecht gegeben werden. § 725 BGB. und § 135 HGB. beruhen also darauf, daß die Rechte der Gesellschafter unübertragbar sind und dies den Interessen der Gläubiger widerstreitet. Gerade so liegt es auch bei den partiarischen Rechtsverhältnissen. Zwar wird es bei ihnen im Gegensatz zur Gesellschaft ein Gesamthandvermögen und deshalb Anteile nicht geben, aber die Rechte der Beteiligten sind wie die Rechte der Gesellschafter unübertragbar [60]). Die partiarischen Verhältnisse erfordern größtes beiderseitiges Vertrauen [61]). Die Höhe der Gegenleistung, der Gewinnanteil, hängt sehr erheblich von der Tüchtigkeit des Verpflichteten [62]) ab und wird gerade so wie die Leistungen eines Dienstverpflichteten je nach dessen Leistungsfähigkeit schwanken. Deshalb wird der Quotenberechtigte das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit seines Kontrahenten, das ihn zum Abschluß des partiarischen Vertrages bewog, nicht ohne weiteres auf einen anderen übertragen können [63]). Denn es ist zwar kein Unterschied, ob der eine oder der andere mir jährlich 4 % Zinsen von dem hingegebenen Kapital zahlt, wohl aber wird sich das, was von dem Darlehensnehmer A durch den vertragsmäßigen Gebrauch des hingeliehenen Geldes während der Zeit des Kreditums gewonnen wird, von dem, was der Zessionar B gewinnen würde, unterscheiden, und damit auch der Anteil des Berechtigten. Daher ist diesem nicht

---

wären, nur werden die Ansprüche gemäß § 859 ZPO. als ein Ganzes erfaßt, Seuffert-Walsmann, § 859, Anm. 1 a.

58) Staudinger, § 717, Anm. I pr.
59) Marcus, JW. 07, S. 540.
60) Crome, S. 88, 137, 180, 292.
61) JW. 1927, 2415.
62) Eisser, S. 14 u. 172.
63) Crome, S. 137; Eisser, S. 174.

zuzumuten, etwa statt A dem B das Darlehen partiarisch zu geben. Umgekehrt ist die Person des Quotenempfängers für den Quotenleistungsverpflichteten wesentlich; denn diesem steht das Kontrollrecht zu, und es ist demjenigen, der bereit ist, seine Bücher und Papiere von C einsehen zu lassen, nicht zuzumuten, daß er das auch von D duldet. Danach ist klar, daß es sich hier um ein so sehr von persönlichem Vertrauen getragenes Verhältnis handelt, bei dem der Inhalt der Leistungen eng mit der Person des Kontrahenten verknüpft ist — ebenso wie z. B. beim Dienstvertrag essentiell —, daß die Rechte der Parteien nach allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts nicht übertragbar sind[64]). Die Unübertragbarkeit der Rechte aus dem partiarischen Verhältnis reicht jedoch nicht weiter als bei der Gesellschaft des BGB.: Ansprüche auf einen Gewinnanteil kann der quotenberechtigte Darlehensgeber zweifellos ebenso abtreten wie den Anspruch auf dasjenige, was ihm beim Ende des Verhältnisses zusteht[65]), nämlich den Anspruch auf den Gewinn der letzten Periode und Rückzahlung seines Darlehens; unabtretbar aber bleiben seine Kontrollrechte, seine Gläubigerstellung. Einen Anteil am Gesellschaftsvermögen jedoch, der nicht übertragbar sein sollte, gibt es hier und bei der stillen Gesellschaft nicht. Da es bei einem partiarischen Verhältnis aber ebensowenig wie bei einer Gesellschaft zulässig sein kann, daß ein Schuldner durch Eingehung eines Vertragsverhältnisses seinen Gläubigern Vermögenswerte entzieht, so muß auch hier den Gläubigern das Kündigungsrecht zur Beendigung des Rechtsverhältnisses wie bei der Gesellschaft zugesprochen werden, da ihnen sonst die Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens ihres Schuldners nichts nützt. Dies um so mehr, als es hier wie bei jedem anderen Darlehensverhältnis gleichgültig ist, ob C oder D die Kündigung ausspricht, nur muß der Vertragspartner auch nach der Kündigung die etwa noch erforderlichen Kontrollen selbst vornehmen. Daher kann sein Gläubiger, der seine Darlehens-

64) RG. in LZ. 1915, S. 827, Nr. 10; Silberschmidt, ZHR. 79, S. 475; v. Tuhr, I, S. 219; Eisser, S. 172 u. 174.
65) Saenger, S. 140; Brand, § 339, Anm. 3a; Staub, § 339, Anm. 27.

forderung gepfändet hat, sie auch kündigen und damit die gleiche Stellung haben wie ein Gläubiger eines Gesellschafters auf Grund des § 725 BGB. bzw. bei kaufmännischen Verhältnissen des § 135 HGB.; denn zweifellos müssen die dort normierten Kündigungsvoraussetzungen auch hier gelten, will man den Schuldner nicht schädigen, wie es der Fall wäre, wenn man etwa die Kündigung schon auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils zuließe. Die Gläubigerrechte sind also auf Grund des § 329 in Verbindung mit § 135 HGB. für die stille Gesellschaft die gleichen wie bei einem partiarischen Verhältnis und wie sie sich auf Grund der Gewinn- und Verlustbeteiligung und mangels eines Gesellschaftsvermögensanteils des Stillen schon ohnedem ergeben würden. Das glaubte der Gesetzgeber, da er die stille Gesellschaft offensichtlich für eine Gesellschaft hielt, allerdings noch besonders sagen zu müssen und verwies daher auf die Vorschrift des § 135 HGB. Diese enthält aber auf die stille Gesellschaft übertragen also nichts Gesellschaftsrechtliches, sondern lediglich eine im Gläubigerinteresse notwendige Einschränkung der Unübertragbarkeit von Rechten aus Vertrauensverhältnissen. Dementsprechend ist auch die gesellschaftsrechtliche Vorschrift des § 725 BGB. nicht anwendbar, da es einen Anteil am Gesellschaftsvermögen hier nicht gibt.

Ferner gewährt § 339 HGB. den an einer stillen Gesellschaft Beteiligten ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde. Dieses setzt jedoch trotz der ausdrücklichen Verweisung auf § 723 BGB. das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses nicht voraus, sondern ist in ständiger Rechtsprechung vom Reichsgericht [66]) bei den verschiedenst gearteten Verhältnissen gewährt worden: so bei Generalvertretungen [67]), langfristigen Bezugs- [68]), Wasserversorgungs-, Verlags-, insbesondere partiarischen Kommissionsverlagsverträgen [69]), Übertragung von Autorrechten mit dessen Anteil am Gewinn

66) RG., Seuffert, 67, Nr. 195; RG. 115, S. 367; LZ. 11, S. 223 u. S. 379; JW. 13, S. 445; 15, S. 1352; 1919, S. 309; „Recht", 1912, Nr. 1446; 1920, Nr. 1148; 1927, Nr. 1649.
67) RG. 65, S. 37.
68) RG. 78, S. 385.
69) RG. 78, S. 298.

des Erwerbers[70]), sonstigen Herausgeber-[71]) und ähnlichen Verträgen. Diese sind zwar vom Reichsgericht meist als gesellschaftsähnliche Verhältnisse oder „Verträge, die sich dem Gesellschaftsvertrag nähern"[72]), bezeichnet worden, sind aber durchaus nicht Gesellschaften, zumal bei ihnen die Mitwirkung der Beteiligten zu einem gemeinsamen Zweck fehlt. Sie haben vielmehr alle untereinander und mit der Gesellschaft nur gemeinsam, daß sie regelmäßig für längere Dauer eingegangen sind und ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis voraussetzen[73]), worauf auch gerade § 723 BGB. beruht[74]). Wo ein solches vorliegt, würde grundsätzlicher Ausschluß der Kündigungsmöglichkeit gegen die guten Sitten verstoßen[75]), und daher fordern schon Treu und Glauben für jeden Beteiligten ein außerordentliches Kündigungsrecht, wenn ein wichtiger Grund vorliegt[76]). Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund des § 723 BGB. ist also nichts für eine Gesellschaft Typisches, sondern allen auf persönlichem Vertrauen beruhenden, auf längere Dauer angelegten Verhältnissen, also auch allen partiarischen Verträgen[77]) eigen.

Schließlich bestimmt der Abs. 2 des § 339 HGB. etwas von den Gesellschaftsvorschriften sogar völlig Abweichendes: der Tod des stillen Gesellschafters soll kein Auflösungsgrund für die stille Gesellschaft sein. Wie der Tod eines Gesellschafters nach § 727 BGB. im Zweifel stets die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, so kann nach § 339 II HGB. also auch in die unübertragbare Rechtsstellung des Geranten ein Erbe nicht einrücken, sondern endet bei seinem Tod die stille Gesellschaft, weil von seiner persönlichen Tüchtigkeit

---

70) RG. 87, S. 217.
71) RG. 115, S. 367.
72) RG. 78, S. 301.
73) RG. 81, S. 304.
74) Silberschmidt, in ZHR. 79, S. 479; RG. 81, S. 306; RG. 78, S. 298; RG.; RG. 87, S. 221; Stoll, JW. 27, S. 2415.
75) RG. 78, S. 302.
76) Staudinger, § 242, Anm. III, 1: Seuffert, 65, Nr. 195.
77) Staub, § 335, Anm. 22; „Recht", 1927, Nr. 1663; JW. 1927, S. 2415 und Eisser, S. 173 u. 175, der sogar die gesetzliche Gewährung dieses Kündigungsrechts für alle partiarischen Verträge fordert, s. S. 185 u. 186.

alles abhängt. Demgegenüber wird die persönliche Bindung des Geranten an den Stillen nicht wie die der Gesellschafter untereinander als so eng anerkannt, daß sie nicht auch mangels anderer Vereinbarung, wenn auch nicht mit jedem Einzelrechtsnachfolger, so doch mit dem Erben fortzusetzen wäre[78]). Das entspricht besser den Interessen der an der stillen Gesellschaft Beteiligten als die für die Gesellschaft durch § 727 BGB. getroffene Regelung. Der Gesellschaftszweck ist ganz durch die Gemeinsamkeit bestimmt. Falls aber bei plötzlichem Tod des Stillen die Einlage, das entliehene Kapital, unerwartet zurückgezahlt werden müßte, würde das Geschäft des Inhabers, der einen langfristigen stillen Gesellschaftsvertrag geschlossen hat, ebenso erheblich geschädigt sein wie im Fall eines Darlehensverhältnisses. Die Regelung des § 339 II HGB. würde daher für die Gesellschaft wegen der Zweckverbundenheit ihrer Mitglieder nicht passen, ist aber gerade für partiarische Darlehensverhältnisse am Platz und setzt ein solches Verhältnis voraus.

Daß der stille Gesellschafter auch nach § 340 HGB. keine Gesellschafterrechte hat, insbesondere nicht eine Liquidationsquote verlangen kann, ist schon oben[79]) angeführt. Die Vorschriften des BGB. über die Auseinandersetzung einer Gesellschaft sind mangels eines Gesellschaftsvermögens überhaupt unanwendbar[80]). Der Gerant behält sein Geschäft und zahlt den Stillen wie einen partiarischen Darlehensgeber in Geld aus[81]). Die in § 340 II u. III HGB. getroffenen Bestimmungen setzen also allein diese Abwicklung der Gewinn- und Verlustbeteiligung voraus und werden von dieser erfordert.

Das Gleiche gilt hinsichtlich der für den Fall gegebenen Vorschriften, daß über das Vermögen des Geranten Konkurs eröffnet wird. Die §§ 341, 342 HGB. enthalten eine Regelung, die von der gesellschaftsrechtlichen wesentlich abweicht. Mangels eines Gesellschaftsvermögens ist nicht nur für die stille Gesellschaft im Gegensatz zur offenen Handelsgesell-

78) v. Tuhr, I, S. 219.
79) S. 22.
80) Flechtheim, § 340, Anm. 1.
81) Saenger, S. 143; Ritter, § 340, Anm. 3.

schaft, Kommanditgesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien[82]) ein Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen, sondern dem Stillen wird auch nicht das Absonderungsrecht der Gesellschafter des bürgerlichen Rechts aus § 51 KO. gewährt[83]). Weil er nur eine gewöhnliche Geldforderung hat[84]), gerade so wie ein partiarischer Darlehensgeber, ist er vielmehr nach § 341 I lediglich Konkursgläubiger. Wie dieser ist er auch gestellt, falls er seine Einlage nicht geleistet hat; § 341 II entspricht allgemeinen Grundsätzen[85]). Der Stille befindet sich in der Stellung eines Schuldners, der mit seiner Forderung kompensieren kann[86]). Weil der Stille gerade im Gegensatz zum Gesellschafter entsprechend einem Darlehnsgeber also derart den übrigen Gesellschaftsgläubigern gleichsteht[87]) und seine Einlage für die Gläubiger nur solange greifbar ist, als sie sich im Vermögen des Geranten befindet, ist zum Schutz der Geschäftsgläubiger diesem das Anfechtungsrecht des § 342 HGB. gegeben worden. Es setzt also ein von der Gesellschaft abweichendes, einem Darlehen entsprechendes Verhältnis voraus.

Danach handelt es sich bei allen Vorschriften des HGB. über die stille Gesellschaft nur um solche, die nicht ein Gesellschafts-, sondern lediglich ein partiarisches Darlehensverhältnis zur Voraussetzung haben. Es bestehen deshalb im wesentlichen die gleichen Rechte überdies auch bei Vorliegen eines partiarischen Darlehens ohne ausdrückliche Regelung schon nach Treu und Glauben.

§ 5. Der stille Gesellschafter hat keins der typischen Gesellschafterrechte.

Nach den vorstehenden Ausführungen hat der stille Gesellschafter einige Rechte, die mit den Rechten des bürgerlichrechtlichen Gesellschafters übereinstimmen, aber nicht eins,

82) Menzel, § 209, Anm. I u. II.
83) Menzel, § 51, Anm. 1; JW. 1905, S. 719; LZ. 1914, S. 1816.
84) RG. 126, S. 393; JW. 29, S. 115.
85) Flechtheim, § 341, Anm. 5.
86) Behrend, S. 682, Anm. 32.
87) Flechtheim, § 342, Anm. 1.

das für die Gesellschaft typisch wäre, d. h. nicht ein Recht, das gerade das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses im Sinne des Gesetzes voraussetzt [1]), sich aus diesem erklärt und nirgend anders als bei der Gesellschaft vorhanden ist. Denn es liegt doch nicht so [2]), daß es solche typischen Gesellschaftsrechte nicht gäbe, und die Gesellschaft ohne äußeres Unterscheidungsmerkmal sich lediglich dadurch von anderen Rechtsinstituten unterschiede, daß die Parteien bei sonst gleicher Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen hier beabsichtigten, daß ihre Zwecke gemeinsam sein sollten — also alleiniges Unterscheidungsmerkmal der animus societatis contrahendae der Parteien wäre, ohne daß er in den Rechten der Beteiligten zum Ausdruck kommt, der Richter für die Feststellung einer Gesellschaft ohne äußere Anhaltspunkte lediglich darauf angewiesen wäre [3]), die Parteien zu befragen, ob sie den Zweck als gemeinsamen wollten. Vielmehr kann „ein Gesellschaftsvertrag immer nur mit einem bestimmten Inhalte, nicht als abstrakter Begriff bestehen" [4]). Aus und wegen der Gemeinsamkeit des Zweckes im Sinne des § 705 BGB. ergeben sich bestimmte Rechte, die allein denjenigen zustehen, die einen gemeinsamen Zweck haben: den Gesellschaftern. Weil *ihnen* der Zweck gemeinsam ist, haben *sie* diese Rechte aber selbst dann, wenn „der Vergemeinschaftungswille (Wille zur Erreichung eines Zweckes innerhalb einer Gemeinschaft)" *nicht* wie im Regelfall der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft zur Bildung einer dinglichen Gemeinschaft geführt hat, an der jedem Beteiligten ein Anteil zusteht [5]), sondern das Gesellschaftsverhältnis sich in schuldrechtlichen Beziehungen der Beteiligten erschöpft, sei es, daß die dem gemeinsamen Zweck gewidmeten Gegenstände sich im Alleineigentum einzelner Gesellschafter befinden, sei es, daß die Bildung eines Gemeinschaftsguts auch im schuldrechtlichen Sinn unterbleibt.

---

1) Lang, S. 5 ff.
2) Lehmann-Ring, Nr. 11 zu § 335.
3) Dagegen auch Flechtheim, § 335, Anm. 11.
4) RG. 95, S. 149.
5) Lang, S. 6 ff. u. S. 29.

Ein solches typisches Gesellschaftsrecht ist[6]) der Anspruch auf eine Liquidationsquote[7]). Er kann — je nach der Art der Rechtsverhältnisse bezüglich des Gesellschaftsgutes — einen anderen Charakter, dinglichen oder schuldrechtlichen, haben, muß aber stets gegeben sein, sofern nur für die Gemeinschaft, den gemeinsamen Zweck, gehandelt wird oder Beiträge geleistet werden und aus diesem oder jenem Grunde ein mindestens internes Gemeinschaftsgut besteht oder entsteht[8]). Denn ohne die Beteiligung an dem der Zweckerreichung Gewidmeten ist der Zweck nur scheinbar ein gemeinsamer, und erst durch die Beteiligung daran wird er wirklich gemeinsam; diese ist daher durch den Begriff der Zweckgemeinsamkeit erfordert. Da überdies der Gesellschaft aber allein die Zweckgemeinsamkeit eigen ist, so gibt es das aus dieser Zweckgemeinsamkeit notwendig folgende Recht auf eine Liquidationsquote im Gegensatz zu anderen Rechtsverhältnissen allein bei dem Gesellschaftsverhältnis. Es ist also ein typisches Gesellschaftsrecht.

Das gleiche gilt auch von dem Recht aus § 716 II BGB. Nur bei der Gesellschaft ist es zwingend vorgeschrieben, daß bei begründeter Annahme unredlicher Geschäftsführung dem im übrigen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Beteiligten schlechthin das Recht des § 716 I BGB. — sich von allen Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, Einblick in den gesamten Geschäftsbetrieb zu nehmen — gegeben ist, nicht nur das auch bei anderen, insbesondere partiarischen Verhältnissen vorhandene engere Kontrollrecht, wie es aus Treu und Glauben zur Steuerung der Unredlichkeit folgt[9]). Ein so umfassendes Recht kann ohne Verletzung von Parteiinteressen trotz entgegenstehender Vereinbarung nur bei so enger Verbindung wie der einer Zweckgemeinsamkeit gewährt werden, weil nur hier gegenüber dem Zweck auch die Gleichordnung der Beteiligten[10]), und nur hier die Sicherung besteht, daß des einen Nachteil auch der des anderen

6) Selbstverständlich gibt es diesen Anspruch nur in den Fällen, in denen gemeinschaftliches Gut vorhanden ist.
7) RG. 78, S. 228.
8) Lang, S. 29 ff.
9) Wieland, S. 470.
10) Eisser, S. 164.

ist. Das Recht des § 716 II BGB. setzt also einen gemeinsamen Zweck voraus und ist deshalb bei keinem anderen Rechtsverhältnis gegeben, sondern allein der Gesellschaft eigen[11]).

Endlich ergeben sich aus der Gemeinsamkeit des Zweckes die in § 715 und § 712 BGB. normierten Rechte und deren Folgen: daß bei wichtigem Grunde die übertragene Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bzw. bei nur schuldrechtlicher Gemeinschaft der Auftrag, unter eigenem Namen noch für Rechnung der Gesellschaft zu handeln, wieder entzogen werden kann und infolgedessen die gesetzliche Regelung von Geschäftsführung und Vertretung (§ 709, § 714 BGB.) wieder eintritt. Zweifellos kann der Entzug der Geschäftsführungsbefugnis nur dort dazu führen, daß sie danach allen Beteiligten gemeinsam zusteht, wo der bisher Geschäftsführende für einen gemeinsamen Zweck aller Beteiligten tätig war[12]). Denn nur hier gilt im Zweifel, weil hier allen der Zweck gemeinsam ist, daß allen die Willensbildung gemeinsam zusteht, und daß diese daher selbst bei Verzicht auf die Mitwirkung nur soweit zurücktritt, daß Widerruf des Verzichtes möglich bleibt und die Beteiligten bei der Organisation stets noch entscheidend mitzubestimmen haben[13]). Wie sich diese Rechte also aus der Zweckgemeinsamkeit erklären, so sind sie auch auf deren Gebiet, auf die Gesellschaft beschränkt und finden sich mit dieser Wirkung bei keinem anderen Verhältnis. Sie sind also typische Gesellschafterrechte.

Alle diese Rechte aber: das Recht auf Liqidationsquote, das Kontrollrecht des § 716 BGB. und die Befugnisse der §§ 715/712 BGB., die alle aus dem Vorliegen eines gemeinsamen Zweckes folgen und daher typische Gesellschaftsrechte sind, stehen dem stillen Gesellschafter des HGB. nicht zu.

---

11) Lang, S. 26.

12) Flechtheim, § 335, Anm. 2; Silberschmidt, ZHR. 79, S. 468; Henle, S. 101; Lang, S. 27.

13) Entsprechend erachtet RG. 73, S. 278 eine besondere Begründung als nötig, daß trotz Fehlens der Einmischung in die Geschäftsführung doch — nämlich wegen des gegenseitigen Vertrauens — im konkreten Fall das Vorliegen einer Gesellschaft bejaht werden kann.

Nimmt man mit der herrschenden Lehre [14]) an, daß der Gerant sein Handelsgeschäft und der Stille seine Einlage zum gemeinsamen Zweck, dem Betrieb eines Handelsgewerbes, einbringen, so müßte an diesem im Eigentum des Geranten stehenden Gesellschaftsgegenstand der Stille doch schuldrechtlich beteiligt sein und nicht nur an den Erträgnissen. Er ist aber auf die Beteiligung am Gewinn und Verlust beschränkt und hat daneben nur ein Recht auf Rückgewähr seiner Einlage, also gerade keinen Anspruch auf „Abfindung für einen ihm im Innenverhältnis zustehenden Anteil an einem im schuldrechtlichen Sinn vorhandenen Gemeinschaftsgut" [15]). Das Handelsgewerbe selbst ist und bleibt für ihn also ein fremdes. Das typische Gesellschaftsrecht, das auf der Gemeinsamkeit des Zweckes beruht, das Recht auf Liquidationsquote, fehlt also dem stillen Gesellschafter, er hat nur eine partiarische Berechtigung [16]).

Ebenso fehlen ihm die beiden anderen typischen Gesellschaftsrechte. Er hat zwar bei Verdacht von Unredlichkeit ein Kontrollrecht, aber nur das des § 338 I HGB., nicht das des § 716 I BGB., das auf der aus Zweckgemeinsamkeit folgenden Koordination der Parteiinteressen beruht. — Auch die nachträgliche Entziehung der Geschäftsführungs- und Handlungsbefugnis des Geranten hält die herrschende Lehre zu Recht für ausgeschlossen [17]), weil die Geschäftsführung des Komplementars eine wesentliche Grundlage des Vertrages sei, der Geschäftsinhaber den stillen Gesellschafter an dem von *ihm betriebenen und geleiteten* Handelsgewerbe beteiligen wolle [18]). Der Gerant führt tatsächlich sein eigenes Geschäft und nicht ein mit dem Stillen irgendwie gemeinsames. Es ist daher offenbar, daß der Stille den Inhaber des Geschäfts von der Leitung seines eigenen Unternehmens nicht ausschließen kann und auf die Organisation der „Gemeinschaft zur Zweckerreichung" keinerlei Einfluß hat.

14) Flechtheim, § 335, Anm. 15 und 16 u. a.
15) Lang, S. 33; Bankarch. 24, S. 81, nach Saenger, S. 74.
16) Lang, S. 33.
17) Flechtheim, § 335, Anm. 23; Lang, S. 28; Saenger, S. 39; Wieland, S. 417.
18) Flechtheim, § 335, Anm. 23.

Wenn das Verhältnis für ihn unerträglich wird, so kann er die stille Gesellschaft wie jedes andere Dauerverhältnis nur kündigen [19]).

Wie bei einer stillen Gesellschaft des Gesetzes der gemeinsame Zweck fehlt, so hat der Stille — dem ganz entsprechend — also nach den Vorschriften des HGB. nicht eins der Rechte, die sich bei einer Gesellschaft aus der Zweckgemeinsamkeit ergeben [20]). Ihm fehlen damit gerade die typischen Gesellschafterrechte. Ihm steht weder eine Liquidationsquote zu, noch hat er etwa im Gegensatz zu anderen partiarischen Berechtigten [21]) den Einfluß auf die Führung der Geschäfte, den jeder Gesellschafter besitzt. Er steht daher einem fremden Unternehmen und einem fremden Geschäftsherrn gegenüber [22]). Er kreditiert lediglich einem fremden Unternehmer Betriebsmittel gegen Gewährung einer partiarischen Beteiligung [22]).

Alle seine Rechte und Pflichten setzen also allein den Tatbestand eines partiarischen Darlehensverhältnisses voraus, beruhen auf dessen Interessenlage auch soweit sie (z. B. insbesondere die aus §§ 341, 342 HGB.) sich nicht schon ohne besondere gesetzliche Normierung beim partiarischen Darlehen aus Treu und Glauben ergeben würden. Daher ist die stille Gesellschaft, die den Anforderungen des zwingenden [23]) § 705 BGB. nicht genügt, nicht eine Gesellschaft, sondern ein besonders geregeltes partiarisches Darlehensverhältnis.

§ 6. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Dieser Annahme steht die Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht entgegen.

Soweit das Reichsgericht — trotz der Feststellung [1]), daß die stille Gesellschaft schon nach ihrem Wesen dem Darlehensvertrag nahe verwandt sei — das Vorliegen eines

19) Flechtheim, § 335, Anm. 23.
20) Das erkennt auch die herrschende Lehre an, vgl. Flechtheim, § 340 I, Anm. 1, § 338, Anm. 1, § 335, Anm. 25.
21) Eisser, S. 165.
22) Lang, S. 28.
23) RG. 77, S. 227.
1) RG. 46, S. 115.

partiarischen Darlehens allein deshalb verneint[2]), weil dem Geldgeber die Kontrollrechte des § 338 HGB. zustünden, es aber bejaht, wenn diese fehlen[3]), ist seine Ansicht unhaltbar. Wie oben[4]) nachgewiesen, ist vielmehr das Kontrollrecht gerade so wie im § 338 HGB. bei jedem anderen partiarischen Verhältnis, also auch bei einem partiarischen Darlehen anzunehmen. Es geht nicht an, daß der Geldgeber „auch nicht das Recht auf Einsicht der Bücher hat", wie RG. 57 S. 77 meint. Dieses Recht steht vielmehr auch ohne besondere Parteivereinbarung auf Grund der partiarischen Klausel dem Geldgeber nach Treu und Glauben zu.

Allen anderen Entscheidungen aber, in denen die stille Gesellschaft vom Reichsgericht als eine Gesellschaft des BGB. angesehen wird, liegen Tatbestände zu Grunde, bei denen dem Stillen über die gesetzlichen hinausgehende Rechte eingeräumt sind, dieser typische Gesellschaftsrechte hat. In RG. 31 S. 33, LZ. 1917 S. 133 und 1930 S. 1451 Nr. 6 und JW. 1912 S. 462 war der Stille befugt, jederzeit die Bücher und Geschäftspapiere einzusehen und jede Auskunft über alle Geschäftsvorgänge zu fordern, hatte in LZ. 1907 S. 54 Kontrollrechte wie bei einer offenen Handelsgesellschaft und in LZ. 1912 S. 318 Kontroll- und Genehmigungsrecht wie ein Gesellschafter. Der Gerant war in RG. 46 S. 120 „unter die denkbar schärfste Kontrolle gestellt", und die Beteiligten in RG. 142 S. 13 waren auch bezüglich der Geschäftsführung weitgehend vertraglich gleichgeordnet. In RG. 45 S. 35 schließlich hatte der stille Gesellschafter eine Liquidationsquote zu fordern, sodaß das Reichsgericht seiner Entscheidungsbegründung[5]) noch hinzufügte, daß selbst, wenn diese Verabredung mit der Annahme einer stillen Gesellschaft im Sinne des HGB. unverträglich wäre, immer noch die Möglichkeit bleiben würde, „die Gesellschaft als eine „Stille" (d. h. dem Publikum gegenüber nicht als Gesellschaft auftretende Gesellschaft) im weiteren Sinn aufrecht

2) ROHG. 12, S. 99.
3) RG. 57, S. 177; RG. 99, S. 163; RG. 105, S. 32; RG. 12, S. 72.
4) S. 33.
5) S. 39.

zu halten, also als eine Gesellschaft des allgemeinen bürgerlichen Rechts, bei welcher nur nach dem Willen der Kontrahenten das Rechtsverhältnis soweit nichts Abweichendes verabredet wäre, im übrigen nach den Vorschriften im dritten Titel des HGB. sich hätte ergeben sollen".

In allen diesen Fällen hatte der Stille also Rechte, die nicht nur der gesetzlichen stillen Gesellschaft fehlen, sondern gerade typisch das Vorhandensein eines gemeinsamen Zweckes zur Voraussetzung haben. Wenn daher in diesen Entscheidungen die Rechtsverhältnisse als Gesellschaften angesehen worden sind, so ist damit über das Wesen der gesetzlichen stillen Gesellschaft nichts gesagt. Dafür daß diese trotz der fehlenden Zweckgemeinsamkeit nicht ein partiarisches Darlehen, sondern eine Gesellschaft sei, ist also der Rechtsprechung des Reichsgerichts irgend ein Argument nicht zu entnehmen.

§ 7. Die über die Spezialnormen des HGB. hinaus erforderliche Gestaltung der stillen Gesellschaft ergibt sich — ohne Anwendung von Gesellschaftsnormen — aus dem partiarischen Darlehen.

Die stille Gesellschaft des HGB. wäre jedoch trotz aller bisher angeführten Gründe nicht als ein partiarisches Darlehen anzusehen, wenn dem teleologische Erwägungen entgegenstünden — wenn sich sinngemäße Rechtsfolgen nur aus der herrschender Lehre entsprechenden Anwendung der Gesellschaftsnormen ergeben würden.

Die herrschende Lehre hält mit der Begründung, daß die stille Gesellschaft eine Gesellschaft sei, zwar nicht alle gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des BGB.[1]), wohl aber die §§ 705, 706 III, 707, 708, 716 II, 717, 722 II, 723 II 2 u. 3, 725 II, 726, 727 I, 727 II 1 u. 3, und in beschränktem Umfang die §§ 727 II 2, 728, 729 BGB. auf die stille Gesellschaft für anwendbar[2]).

---

1) Staub, § 335, Anm. 2; Müller-Erzbach, S. 346.
2) So ausdrücklich Makower, § 335, Anm. 1a; Saenger, S. 102, ähnlich Lang, S. 65.

Soweit diese Rechtssätze den Interessen der an einer stillen Gesellschaft Beteiligten wirklich entsprechen, gelten sie aber für ein partiarisches Darlehensverhältnis schon ohne weiteres: ohne Anwendung der Gesellschaftsvorschriften. Das ist im wesentlichen bereits gesagt worden. Es soll hier nur zusammengefaßt und abgerundet werden.

Daß objektiv abschätzbare[3]) Dienstleistungen, d. h. richtiger Ansicht nach der Lohn für diese[4]) als Vermögenseinlage geleistet werden können, beruht nicht auf § 706 III BGB., sondern folgt aus allgemeinen Grundsätzen. Es ist mit dem contractus mohatrae als besondere Leistungsform gerade für das Darlehen längst anerkannt, daß auch ohne Geldhingabe durch sonstige Leistungen ein „Zurückerstattungsanspruch" auf Geld entstehen kann.

§ 707[4a]) erscheint bei einer Gesellschaft wegen der grundsätzlichen Verpflichtung der Gesellschafter zur gemeinsamen Zweckförderung als deren Begrenzung notwendig[5]), für das partiarische Darlehensverhältnis gilt aber auch ohne diese Bestimmung, daß der Darlehensgeber nicht ohne weiteres den vereinbarten Kredit erhöhen muß, daß dazu vielmehr eine neue Parteiabrede nötig ist.

Soweit § 716 BGB. wegen des § 338 II HGB. überhaupt anwendbar ist — dem Stillen trotz vertraglichen Ausschlusses bei Verdacht von Unredlichkeit die ihm vom HGB. gewährten Kontrollrechte, nicht die des § 716 I BGB. zustehen — folgt das, wie schon ausgeführt, aus Treu und Glauben[6]).

Ebenso ist bereits dargelegt, daß die grundsätzliche Unübertragbarkeit der Rechtsstellung der Parteien allein auf der partiarischen Klausel beruht und daher nicht[7]) erst der Anwendung des § 717 bedarf; soweit die Rechtsstellung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Person des Kontrahenten steht und sich mit dieser verändert, ist ihre Übertragbarkeit ausgeschlossen.

3) Lehmann-Hoeniger, S. 291, Anm. 5.
4) Saenger, S. 71, 72.
4a) Staub, § 335, Anm. 29 u. a.
5) Silberschmidt, ZHR. 79, S. 468.
6) Siehe oben S. 33.
7) Entgegen der herrschenden Lehre z. B. Flechtheim, § 335, Anm. 31.

Auch die Annahme, daß eine Bestimmung über Gewinn- oder Verlustanteil, soweit sich nur nichts anderes aus den Umständen ergibt, „im Zweifel" für Gewinn und Verlust gilt [8]), ist mangels anderen erklärten Parteiwillens und ersichtlicher entgegenstehender Umstände die einzig mögliche sachgemäße, „dem gewöhnlichen Vertragswillen entsprechende" [9]) Entscheidung bei einem Rechtsverhältnis mit Gewinn und Verlustbeteiligung. Zu ihrer Annahme bedarf es daher nicht erst der Berufung auf § 722, der selbst nur sachgemäßes feststellen will [10]).

Auch die Kündigungsvorschriften des § 723 BGB. sind — wie bereits ausgeführt — nicht erst deshalb anwendbar, weil das HGB. auf sie verweist. Sie ergeben sich vielmehr selbst nach herrschender Lehre [11]) schon aus dem partiarischen Darlehensverhältnis wie aus jedem anderen auf Dauer berechneten und auf Vertrauen beruhenden Rechtsverhältnis.

Nach herrschender Lehre [12]) folgt aus der Gesellschaftsrechtsnorm, dem § 725 II, daß der Gläubiger die Rechte des Stillen während des Bestehens der stillen Gesellschaft noch nicht geltend machen kann. Es ist aber ebenfalls schon oben [13]) begründet worden, daß diese Rechtsfolge nicht auf der Regelung des § 725 II BGB. beruht, sondern auf der Unübertragbarkeit der Rechte des Stillen. — Hierin hat auch die Auflösung der Gesellschaft beim Tod des Geschäftsinhabers ihren Grund. Denn wo das Rechtsverhältnis auf das Vertrauen in die Person des Kontrahenten gegründet ist, erkennt das Gesetz dessen Tod stets als Auflösungsgrund, als der Natur der Sache entsprechend [14]), an — vgl. auch § 673 BGB. Die Auflösung folgt daher nicht erst aus § 727 I BGB. Dieser könnte zudem auf Grund des § 339 II HGB. doch nur beschränkt gelten und erklärt sich selbst nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis als solchem,

---

8) Staub, § 336, Anm. 2; Flechtheim, § 336, Anm. 3; LZ. 1911, S. 58.
9) Gruchot, 38, S. 1133.
10) Motive zum BGB. 2, S. 617.
11) Staudinger, § 242, Anm. III 1.
12) Saenger, S. 102, 110.
13) Siehe oben S. 35.
14) Motive zum BGB. 2, S. 549.

sondern ergibt sich gerade auch aus der Abhängigkeit des Gedeihens der Gesellschaft von den persönlichen Eigenschaften insbesondere der Vertrauenswürdigkeit der Gesellschafter[15]). Soweit aber bei solcher Auflösung der Erbe anzeige- und fortführungspflichtig ist, folgt das ohne § 727 II BGB. aus allgemeinen Grundsätzen, insbesondere der Fürsorgepflicht des Erben. Denn diesen trifft hier eine Fortführungspflicht im Sinne des § 727 BGB. nicht, da die stille Gesellschaft mit dem Tod des Komplementars endet. Er hat deshalb nur für die ordnungsmäßige Abwicklung der schwebenden Geschäfte zu sorgen[16]). Die herrschende Lehre darf daher für die stille Gesellschaft selbst bei Analogie des § 727 II nicht anderes als das aus allgemeinen Grundsätzen Folgende annehmen[17]).

Aus dem partiarischen Rechtsverhältnis als solchem und den allgemeinen Vorschriften ergibt sich auch alles, was die herrschende Lehre[18]) für die Auflösung durch Zweckerreichung und Unmöglichwerden aus § 726 BGB. herleiten zu müssen glaubt, soweit das überhaupt für eine stille Gesellschaft angewandt werden darf.

Bei einem partiarischen Darlehensverhältnis kann allerdings von einer Auflösung wegen Zweckerreichung im Sinne des § 726 BGB. nicht die Rede sein, da hier ein solcher dem Rechtsverhältnis immanenter, gemeinsamer Zweck überhaupt fehlt. Aber auch für die stille Gesellschaft darf selbst die herrschende Lehre einen derartigen Auflösungsgrund aus § 726 BGB. nicht herleiten. Sie geht auch schon dahin, daß es bei der stillen Gesellschaft, die den Betrieb des Handelsgewerbes des Komplementars zum unmittelbaren Vorteil beider Vertragsteile bezwecke[19]), „regelmäßig eine Zweckerreichung nicht gebe". Anders aber liege es

---

15) Enneccerus-Lehmann, S. 620.
16) Flechtheim, § 339, Anm. 10.
17) Anders die herrschende Lehre: Staub, § 339, Anm. 3; Ritter, § 339, Anm. 4; Lehmann-Ring, § 339, Anm. 8; Schwarz, § 339, Anm. 2.
18) v. Gierke, S. 265; Flechtheim, § 339, Anm. 16; Ritter, § 339, Anm. 5; Staub, § 339, Anm. 8; Wieland, S. 783.
19) Flechtheim, § 335, Anm. 2.

in den „seltenen" Fällen [20]), „in denen ein bestimmter Erfolg als Gesellschaftszweck vereinbart ist" [21]). Wenn die stille Gesellschaft z. B. die Parzellierung eines bestimmten Grundstücksblocks bezwecke, so sei sie mit dem Verkauf der letzten Parzelle aufgelöst [22]).

Eine derartige Vereinbarung entspricht aber nicht mehr § 335 I HGB. und dessen Erfordernis: Beteiligung am Handelsgewerbe [23]). Denn diesem ist zwar noch genügt, wenn die Beteiligung des Stillen auf eine von mehreren Niederlagen oder auch auf eine sonstige äußerlich selbständige Abteilung des Gesamtunternehmens beschränkt ist; sobald es sich aber nur noch um die Beteiligung an einem einzelnen oder an bestimmten einzelnen Geschäften handelt, liegt auch nach herrschender Lehre eine stille Gesellschaft des § 335 HGB. nicht mehr vor [24]). Da Beteiligungen, wie z. B. die an der Parzellierung eines bestimmten Grundstücksblocks, aber solche an einem bestimmten einzelnen bzw. an bestimmten einzelnen Geschäften sind, ist in diesen Fällen das Bestehen einer stillen Gesellschaft nach § 335 HGB. zu verneinen. Daher ist selbst vom Standpunkt der herrschenden Lehre, die das Bestehen eines gemeinsamen Zweckes für die stille Gesellschaft bejaht, bei dieser eine Auflösung wegen Zweckerreichung unmöglich.

Soweit aber trotz Beteiligung am Handelsgewerbe als solchem, wie es § 335 HGB. erfordert, das stille Gesellschaftsverhältnis bei Eintritt eines bestimmten Erfolges enden soll — der Stille soll z. B. zwar an dem Betrieb, aber nur bis zum Verkauf des noch vorhandenen Warenlagers beteiligt sein — so beruht die Auflösung des Verhältnisses bei Eintritt des Erfolges auf dem Willen der Beteiligten, durch den die Beteiligung an dem Betrieb auf die Zeit bis zum Eintritt des Erfolges beschränkt, nur für diese Dauer begründet wurde. Sie endet dann also — ohne Kündigung —

---

20) Flechtheim, § 339, Anm. 16.
21) Geiler, Anm. 220; Flechtheim, § 131, Anm. 11.
22) Flechtheim, § 131, Anm. 11.
23) Recht, 1927, Nr. 1663.
24) Flechtheim, § 335, Anm. 5; Staub, § 335, Anm. 10; Saenger, S. 18; Müller-Erzbach, S. 345; ROHG. 12, S. 162.

wegen der vereinbarten Befristung, die dem Rechtsverhältnis: Beteiligung am Handelsgewerbe selbst, ebenso wie jedem anderen Schuldverhältnis gegeben werden kann[25]). Sie endet aber nicht wegen der Erreichung des gemeinsamen Zweckes und daher nicht auf Grund des § 726 BGB.

Soll eine stille Gesellschaft im Sinne des § 335 HGB. vorliegen, so darf das Rechtsverhältnis der Parteien nicht auf Beteiligung am Verkauf „dieses Warenlagers" oder einem sonstigen „bestimmten Erfolg"[26]), nicht auf das später „Erreichte" gerichtet sein, sondern die Beteiligung muß stets an dem Betrieb des Handelsgewerbes bestehen. Dieser aber ist, selbst als gemeinsamer Zweck gedacht, immer unerreichbar[27]). Ein Ende der stillen Gesellschaft wegen Zweckerreichung im Sinne des § 726 BGB. ist daher ausgeschlossen. Soweit dieses wegen Eintritts eines Erfolges möglich ist, beruht es auf der zu dem Rechtsverhältnis hinzugetretenen Befristung[28]), nicht aber wie bei der Gesellschaft, die auf einen erreichbaren Zweck gerichtet und der diese Begrenzung immanent ist, auf Zweckerreichung.

In diesem Fall folgt also die Auflösung schon aus dem Vertrage selbst, ebenso wie in allen den Fällen, in denen sie von der herrschenden Lehre wegen Unmöglichkeit der Zweckerreichung auf Grund des § 726 BGB. angenommen wird, weil das Handelsgewerbe nicht weitergeführt werden kann, sei es, daß der Handel mit dem geführten Artikel ganz verboten, sei es, daß dem „Geschäftsinhaber wegen persönlicher Unzulänglichkeit der Gewerbebetrieb untersagt wird"[29]). Ist das Kapital in ein bestimmtes Geschäft gegen eine Dividende aus diesem Geschäft, gerade an diesen Geschäftsinhaber gegeben, so folgt schon daraus, daß das Rechtsverhältnis insofern mit ausdrücklichem Willen der Parteien begrenzt ist und mit dem tatsächlichen Aufhören dieses Geschäfts bzw. dieses Geschäfts durch diesen Inhaber auch sein Ende hat, soll

25) von Tuhr, II 2, S. 331.
26) Geiler, Anm. 220; Flechtheim, § 131, Anm. 11.
27) Das wird auch von der herrschenden Lehre nicht bestritten, vgl. Flechtheim, § 335, Anm. 2.
28) Kreß, S. 166.
29) Flechtheim, § 339, Anm. 16.

nicht die Abrede sinnlos gemacht werden. Daß eine derartige Begrenzung der Leistungsbestimmung das Ende des Rechtsverhältnisses zur Folge hat, wird durch § 726 BGB. für die Gesellschaft, der ein gemeinsamer Zweck gerade wesentlich ist[30]), besonders ausgesprochen. Das gleiche ergibt sich aber für andere Rechtsverhältnisse aus dem Vertrage, sofern nur nach diesem die Leistung mit ausdrücklicher Bestimmung erfolgt ist. Verleihe ich ein Opernglas zum Gebrauch beim Einzuge eines Königs, so ist nicht zweifelhaft, daß das Verhältnis endet und ich das Glas zurückverlangen kann, wenn feststeht, daß der König nicht kommt, weil er unterwegs erschossen wurde. Ebenso muß aber auch ein partiarisches Darlehen, das zur Verwendung in dem bestimmten Betrieb durch einen bestimmten Inhaber und gegen Leistung eines Gewinnanteils aus jenem gegeben worden ist, enden, wenn der Betrieb nicht mehr fortgeführt werden kann; denn die Bestimmung der Leistung ist gegenstandslos geworden und daher die vereinbarte Leistung nicht mehr möglich[31]).

In den §§ 323 ff. BGB. findet auch die von Staub[32]) zu Recht vertretene Ansicht, daß die stille Gesellschaft mit Einstellung des Gewerbes endet, ihre Begründung. Entsprechend hat auch das Reichsgericht[33]) die stille Gesellschaft, „sobald der Komplementär sein Geschäft an einen Dritten veräußert", allein deshalb und nicht etwa auf Grund des § 726 BGB. als beendet angesehen, weil „die gesellschaftliche Beteiligung lediglich an dem Handelsgewerbe des Komplementärs vorgesehen ist und ein Handelsbetrieb dieses nicht mehr besteht, wenn er sein Geschäft in andere Hände gegeben hat". Daß die stille Gesellschaft endet, wenn das Handelsgewerbe nicht weitergeführt werden kann, folgt nach alledem aus dem Vertrage als solchem ohne Analogie des § 726 BGB.

---

30) Motive zum BGB. 2, S. 622.

31) Lang, S. 55/56: Lübbert, S. 517, der aufzeigt, daß die Beendigung des Verhältnisses beim Konkurs des Geranten ihren Grund darin hat, daß dem Geranten seine Geschäftsbetreibungspflicht unmöglich wird.

32) § 339, Anm. 10.

33) Recht, 1927, Nr. 53, ebenso JW. 07, S. 487.

Die bisher dargelegten Rechtsfolgen ergeben sich also, soweit sie überhaupt für die stille Gesellschaft passen, alle schon aus dem partiarischen Darlehensverhältnis, als das sich die stille Gesellschaft des HGB. gezeigt hat. Die übrigen Paragraphen aber, die nach der herrschenden Lehre auf die stille Gesellschaft wegen ihres Gesellschaftscharakters, wenn auch zum Teil nur beschränkt, zur Anwendung kommen sollen, passen nicht für die *reguläre* stille Gesellschaft.

Die §§ 727 II 2 und 729 passen deshalb nicht, weil der Stille nicht geschäftsführungsbefugt ist, also beim Tod des Geranten auch nicht zur „einstweiligen Fortführung der übertragenen Geschäfte" verpflichtet sein kann [34]), der Gerant aber Herr seiner Geschäfte ist [35]), so daß er sie auch bei des Stillen Tod — der überdies grundsätzlich das Verhältnis nicht berührt — wie bei sonstiger Beendigung des Verhältnisses aus eigenem Recht fortführen kann.

Auch § 728 BGB. ist nicht anwendbar [36]), selbst nicht „in beschränktem Umfang", was offensichtlich heißt [37]): nur im Hinblick auf den stillen Gesellschafter, denn das Ende der Gesellschaft beim Konkurs des Geranten ist im HGB. schon besonders geregelt. Bedauern ist über jene Rechtsfolge, die sich aus dem vermeintlichen Gesellschaftscharakter der stillen Gesellschaft nach § 728 BGB. ergeben soll, schon öfters geäußert worden [38]). Doch glaubte man [39]), wegen des Wesens der stillen Gesellschaft als Gesellschaft sie nicht umgehen zu

---

34) *Flechtheim*, § 339, Anm. 10, grundsätzlich ebenso.

35) *Flechtheim*, § 339, Anm. 2: *Staub*, § 335, Anm. 32.

36) *Katzenstein*, S. 70, S. 71: *Lübbert*, S. 517.

37) *Staub*, § 339, Anm. 29.

38) *Ellinger*, S. 56; *Lang*, S. 55.

39) *Saenger*, S. 131; *Staub*, § 339, Anm. 6; *Ritter*, § 339, Anm. 26; *Flechtheim*, § 339, Anm. 12, nicht aber die dort zitierte RGE. 122, S. 70, da diese von dem Konkurs des Geranten spricht, wie auch *Gruchot*, 29, S. 998, einen Rechtsstreit beim Konkurs des Geranten entscheidet und nur nebenbei und auf Grund des § 261 ADHGB. bemerkt, daß die stille Gesellschaft auch beim Konkurs des Stillen endet. *Lehmann-Ring*, § 339, Nr. 9; *Ellinger*, S. 55; *Elsoffer*, S. 126; *Lang*, S. 55; *Rettig*, S. 34.

können[40]), trotz aller praktischen Bedenken, insbesondere trotz der Erkenntnis, daß die Anwendung der Vorschrift auf die stille Gesellschaft zu Härten für den Betrieb des Geranten führen könne[41]). Sobald man die stille Gesellschaft als ein partiarisches Darlehen ansieht, werden aber durch die Regelung, die sich dann aus allgemeinen Konkursvorschriften für den Konkurs des Stillen ergibt, jene Härten vermieden, sogar ohne Verletzung der Gläubigerinteressen, auf die man[42]) sich gegenüber den praktischen Bedenken berief. Dabei ist es nicht so, wie Katzenstein[43]) meint, daß die Beteiligung des Stillen „kein Vermögensstück ist, das in die Konkursmasse fällt" und dadurch den Konkursgläubigern liquidationsfähige Masse entzogen würde, was Saenger[44]) befürchtet. Sondern die vermögenswerten Ansprüche des Stillen auf Auszahlung des entstandenen Gewinns und Rückzahlung der Einlage gehören auf Grund des § 1 KO., da sie übertragbare und pfändbare[45]) Vermögensrechte des Gemeinschuldners sind, in die Konkursmasse[46]). Sie können wie im Konkurse eines jeden Darlehensnehmers, nur wie dort auch nicht unter Hintansetzung der Darlehensbestimmungen von den Gläubigern des Stillen geltend gemacht und verwertet werden[47]), entsprechend der Rechtslage außerhalb des Konkurses. Es entsteht hier also nicht die Gefahr, daß der Stille durch Beteiligung am Handelsgewerbe eines anderen seinen Gläubigern Vermögensstücke entziehen kann, und es bedarf daher, um diese Folge „zu vermeiden", nicht der Härte gegen den Betriebsinhaber, daß er die Einlage unvorbereitet und plötzlich zurückzahlen muß. Hier sprechen also teleologische Erwägungen gerade gegen die Annahme einer Gesellschaft und für die Annahme eines partiarischen Darlehensverhältnisses.

40) So schon Nürnberger Protokolle zu ADHGB. S. 4652.
41) Ellinger, S. 56; Renaud, S. 169.
42) Saenger, S. 131.
43) S. 71.
44) S. 131.
45) § 851 ZPO.
46) Jaeger, § 1, Anm. 32.
47) Wie es sich Lastig, S. 742, schon für die stille Gesellschaft des ADHGB. wünschte und der Abgeordnete von Hamburg für das ADHGB. — Protokolle, S. 4652 — vorschlug, vergl. auch Renaud, S. 169.

Ebenso liegt es auch bezüglich des nach der herrschenden Lehre [48]) auf die stille Gesellschaft anzuwendenden § 708 BGB. Dieser besondere Haftungsmaßstab — eine der seltenen Ausnahme von der regelmäßigen Haftpflicht des § 276 BGB. [49]) — beruht auf dem familienartigen Charakter der alten Societas. Er kommt noch aus der nicht merkantilen, sondern familiären societas omnium bonorum, die sich an die Gemeinschaft der Miterben, insbesondere der Agnaten anschloß und deren vertragsmäßige Fortsetzung zur gemeinschaftlichen Bewirtschaftung des Erbgutes und ohne Zweifel zugleich Waffengemeinschaft war [50]). Hier waltet ein jus fraternitatis und daher ist — ebenso wie zwischen Ehegatten oder Vorerben, sowie zwischen Eltern und Kindern — entgegen einem objektiven Maßstab die Rücksichtnahme auf die persönlichen Qualitäten des „Nächsten" am Platz. Wie schon in der Beratung zum BGB. [51]) geltend gemacht wurde, ist aber bei der heutigen Gesellschaft dieser Grund nicht mehr vorhanden. Er ist aber auch nicht, wie die Verfasser des BGB. glaubten, dadurch ersetzt, daß die Auffassung „der Gesellschafter habe nur culpa in concreto zu vertreten, so tief in das Volksbewußtsein eingedrungen sei, daß sich die Nürnberger Kommission bei der Beratung des HGB. auch dahin entschieden habe", noch durch die andere Begründung, „wer eine Gesellschaft eingehe, beabsichtige, seine Interessen zu fördern" [52]). Wenn zugunsten eines individualistischen Maßstabs eine Ausnahme von der Verpflichtung, das Maß der Sorgfalt eines gewissenhaften Schuldners zu beobachten, gemacht werden soll, so kann das nicht durch Hinweis auf Einzelinteressen begründet werden. Daher erscheint die Haftungsbeschränkung schon für die Gesellschaft des BGB. nicht haltbar. Völlig unhaltbar aber ist sie jedenfalls für die stille Gesellschaft des HGB., der sogar noch die Zweckgemeinsamkeit und die stärkeren Führungs- und Kontrollrechte fehlen.

---

48) Lang, S. 51; Rettig, S. 8; Ritter, § 335, Anm. 4b; v. Gierke, S. 263; Saenger, S. 117; Flechtheim, § 335, Anm. 30.
49) Staudinger, § 708, Anm. 1 pr.
50) Dernburg, Pandekten II, § 124, 125.
51) Protokolle, S. 419.
52) Protokolle, S. 419.

Für diese ist es ebensowenig, wie für sonstige partiarische Beteiligungen, auf die niemand § 708 BGB. anwendet[53]), zu rechtfertigen[54]), daß sich einer der Beteiligten gegenüber den allgemeinen Anforderungen auf seine persönliche Unzulänglichkeit berufen kann.

Nach alldem erfordern es auch teleologische Erwägungen nicht, die stille Gesellschaft als eine Gesellschaft anzusehen. Die sinngemäßen Rechtsfolgen ergeben sich vielmehr gerade aus der Annahme eines partiarischen Darlehens.

§ 8. Die mit der Annahme eines partiarischen Darlehensverhältnisses verbundene Haftungsregelung wird durch die Volksüberzeugung und die wirtschaftlichen Bedürfnisse bestätigt.

Die stille Gesellschaft des Gesetzes stellt sich nach dem Vorstehenden also als nichts anderes dar als ein gesetzlich näher ausgestaltetes partiarisches Darlehensverhältnis: der Stille ist Gläubiger der kreditierten Einlage und des Entgeltes für die Überlassung des Kapitals, der Beteiligungsquote; er hat aber keinerlei Rechte an dem Geschäft des Geranten und insbesondere kein Geschäftsführungsrecht. Dieses Darlehensverhältnis also setzt der § 335 II HGB. voraus, der sich aus diesem Tatbestand ebenso einfach ergibt, wie es klar ist, daß der Darlehensgeber nicht für die Geschäfte seines Darlehensnehmers aufzukommen hat[1]), mag er auch noch so großen Einfluß auf seinen Schuldner haben. Denn solchen Einfluß hat auch jeder andere Gläubiger einer für seinen Schuldner beträchtlichen Forderung, ohne daß dessen Handlungen schon deshalb seine eigenen zu sein aufhören oder wenigstens auch als Handlungen des Gläubigers angesehen werden müßten, aus denen dieser auch

---

53) Crome, S. 88, 135, 179, Anm. 2, 281, Anm. 1; Eisser, S. 23, 32, 170, 171.

54) So auch Marcus bei Holdheim, 1911, S. 257, für die Leistungspflicht des Stillen: er wendet aber § 708 für die gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Geschäftsinhabers, also für die partiarischen Leistungen, an. Wie im Text Lübbert, S. 514, vor allen aus historischen Gründen.

1) Silberschmidt, LZ. 1932, S. 1329 ff.

zu haften hätte. Erkennt man so die Rechtsnatur der stillen Gesellschaft, so sieht man aber klar: es handelt sich hier eigentlich nicht um eine Haftungsbefreiung von einer an sich vorhandenen Haftung, wie etwa bei der Kommanditgesellschaft; § 335 II stellt vielmehr nur das fest, was durch die Auffassung der stillen Gesellschaft als Gesellschaft verdunkelt wird, was sich aber aus der Ausgestaltung des Geschäfts im Gesetz von selbst ergibt, nämlich daß der stille Gesellschafter ebenso wie jeder andere Gläubiger für die Verbindlichkeiten seines Schuldners nicht haftet.

Alles dies entspricht der Volksauffassung und den volkswirtschaftlichen Bedürfnissen. Es hieße eines der sozialsten Institute zerstören, wollte man hier die Haftungsfreiheit des Stillen beseitigen. Denn die stille Gesellschaft des Gesetzes mit dem Haftungsausschluß ist nicht nur „das Auskunftsmittel schlechter Zeiten" wie andere partiarische Geschäfte [2]), sondern gerade des Kleingewerbetreibenden [3]) Möglichkeit zur Kreditbeschaffung von dem „Kleinkapitalisten", dem Handwerker, kleinen Beamten, Arbeiter. Diese finden sich durch die größeren Gewinnchancen bei gutem Geschäftsgang auf Grund der partiarischen Beteiligung eher bereit, ihr Geld herzugeben, als gegen feste Zinsen, die notwendig niedriger als die Anteilsquote sein werden. Denn der Geschäftsinhaber kann — dank der automatischen Sicherung gegen schlechte Zeiten — bei der partiarischen Beteiligung, ohne sein Unternehmen zu gefährden, mehr versprechen, ja oft nur so überhaupt sich zu irgendetwas verpflichten [4]). Führte man hier aber die Haftung ein, würden die sonst in dieser Form angelegten und der Einzelwirtschaft dienstbar gemachten Kapitalien, falls sie nur die Mindestbeträge erreichten, ganz entgegen unserem heutigen Wirtschaftswollen [5]) in die anonyme Aktiengesellschaft abwandern, andernfalls ungenutzt liegen bleiben. Denn dem Kleinkapitalisten werden häufig genug die nötigen Geschäftskenntnisse fehlen, um das mit der Haftung verbundene Risiko auf sich zu nehmen, ganz abgesehen davon, daß die ihm gesetz-

2) Crome, S. 58 ff., Eisser, S. 4, S. 151.
3) Dorpalen, Meckl. Z., Jahrg. 51, S. 2.
4) Crome, S. 58 ff., Eisser, S. 151.
5) Ztschr. d. Akad. f. D. R., 1934, 241.

lich zugestandenen Rechte auch nicht ausreichen würden, um die in der direkten Haftung liegenden Gefahren abzuwehren, kann er doch nicht in die Geschäftsführung eingreifen[6]). Daher muß diese Konsequenz wegen des Interesses, das die Volkswirtschaft gerade an dem Kleinunternehmen hat, vermieden werden. Auch der Zusammenhang von Herrschaft und Verantwortung erlaubt das nicht nur, sondern er nötigt sogar dazu. Der stille Gesellschafter des Gesetzes hat ja keine anderen Herrschaftsmöglichkeiten als jeder andere Gläubiger und solche sind nirgends im Gesetz schon als haftungsbegründend angesehen.

Daher zeigt sich, daß die deutsche Gesetzgebung sich ihrer „Führeraufgabe" durchaus bewußt war. Aus der Gestaltung des Gesetzes, aus dem Fehlen jeder Herrschaft ergibt sich die der Interessen- und Herrschaftslage entsprechende Haftungsbeschränkung folgerichtig. Dabei werden auch nicht etwa die Interessen der weiteren Gläubiger des Geranten, der sonstigen Geschäftsgläubiger, durch die Haftungsbefreiung des Stillen benachteiligt, denn ihnen haftet die Einlage des Stillen mit, da sie in das ihrem Zugriff unterliegende Vermögen des Geranten, ihres Schuldners, übergegangen ist[7]).

Andererseits folgt aus dieser Umgrenzung der Voraussetzungen des § 335 Abs. 2 HGB. auch die Beschränkung seiner Anwendbarkeit: diese muß wie bei jeder anderen Norm dort enden, wo anderes als ihr Tatbestand vorliegt und hier bei einer Haftungsvorschrift insbesondere, wo die Herrschaftsmöglichkeiten über die vorausgesetzten, also über die eines stillen Gesellschafters hinausgehen.

Der herrschenden Lehre[8]), die in der stillen Gesellschaft eine Gesellschaft sieht, erscheint jedoch mit deren Wesen vereinbar, daß der Stille nicht nur im Betrieb mitarbeiten, Prokurist sein kann, sondern auch, daß ihm durch den Gesellschaftsvertrag Einwirkungsmöglichkeiten eingeräumt werden: in der Weise, daß der Komplementar für gewisse

6) Flechtheim, § 335, Anm. 25.
7) Saenger, S. 122.
8) Flechtheim, § 335, Anm. 25; Lang, S. 35 ff; Koenige, § 335, Anm. 6 a; Saenger, S. 103; Staub, § 335, Anm. 25.

Arten von Geschäften an die Zustimmung des stillen Gesellschafters gebunden wird oder dieser das Recht hat, die Ausführung gewisser Geschäfte von dem Komplementar zu verlangen, ja sogar, daß der Komplementar allen Anweisungen des Stillen zu folgen hat[9]). Aber nicht nur mittelbare Einwirkungsmöglichkeiten werden zugelassen. Der Stille soll auch, „da die Allgemeinheit an einer typischen Gestaltung der stillen Gesellschaft kein Interesse hat, weil die Gesellschaft sich weder werbend an das große Publikum wendet, noch Haftungsverband gegenüber den Gläubigern des Gesellschaftsunternehmens ist“[10]), zum alleinigen oder selbständig neben dem Komplementar stehenden Geschäftsführer vertraglich bestellt werden können. Dies alles soll aber, zumal es nur das Innenverhältnis berühre[11]), eine Haftung des Stillen Gesellschafters nicht begründen, § 335 II also auch auf solche Tatbestände anwendbar sein.

Nach dem bereits Gesagten ergibt sich demgegenüber aus der Erkenntnis des Darlehenscharakters der stillen Gesellschaft, daß die Anwendbarkeit des § 335 II nicht etwa schon dann ausgeschlossen ist, wenn die Einlage hingegeben wird, um sich oder einem anderen damit einen Arbeitsplatz zu verschaffen, wie es in der Zeit der Arbeitslosigkeit häufig genug geschehen ist: ein Kutscher gibt einem Fuhrunternehmer eine Einlage — seine Ersparnisse — und dieser stellt ihn dann in seinem Unternehmen an. Wenn das auch nicht mehr im Zusammenhang mit der Urkommenda[12]) steht und auch über den durch § 335 HGB. normierten Tatbestand hinausgeht[13]), so gibt doch solche Mitarbeit am Unternehmen so wenig wie ein sonstiger Arbeitsvertrag haftungsbegründende Herrschaft. Dabei bleibt auch trotz solcher Mitarbeit, trotz aller Tätigkeit im und für den Be-

---

9) Staub, § 335, Anm. 25; RFH. 2, S. 117; Lang, S. 12.
10) Müller-Erzbach, S. 346.
11) Flechtheim, § 338, Anm. 35; Saenger, S. 103.
12) Bei ihr handelt es sich um Arbeitsmiete durch den Kapitalisten, Lübbert, 465 ff.; Lang, S. 3.
13) Die „stille Gesellschaft“ dient hier also schon einer dritten Interessenlage: von Arbeitsmiete über Kapitalgeschäft, für das in den §§ 335 ff. die Form gestaltet ist, zum Kapitalgeschäft mit Schaffung einer eigenen Arbeitsmöglichkeit.

trieb die Haftung des Stillen ausgeschlossen, selbst wenn er Prokurist des Unternehmens[14]) wird. Denn auch ein Prokurist handelt trotz oft einflußreichster Stellung nur „für", „in Vertretung" seines Arbeitgebers, dessen Weisungen er unterliegt. Da die Rechtsfolgen der Vertreterhandlungen auf Grund der besonderen Norm des § 164 BGB. grundsätzlich nicht den Vertreter, sondern den Vertretenen treffen, aus dessen Herrschaft jener nur die seine herleitet, demnach die Herrschaftsmacht des Vertreters gerade eine Haftung nicht begründen soll, so steht die Stellung des Stillen als Prokuristen dem Haftungsausschluß, der Anwendbarkeit des § 335 II, nicht entgegen.

Die Mitarbeit als solche im und für den Betrieb ändert also nichts an der Anwendbarkeit des § 335 II[15]). Das Arbeitsverhältnis tritt neben das Kreditgeschäft „stille Gesellschaft", möglicherweise so miteinander verbunden, daß die Arbeit als Einlage geschuldet wird oder so, daß die Gegenleistung für Arbeit und Kreditgewährung in einer Gewinnbeteiligungsquote besteht. Eigene Herrschaftsrechte aber, die dem § 335 II entgegenstehen würden, erhält der Stille hier nicht; denn weder Einflußrecht eines Gläubigers noch Vertretungsrechte sieht das Gesetz schon als haftungsbegründende Herrschaftsrechte an.

Nach dem bisher Gesagten kann ein Zweifel daran nicht mehr bestehen, daß die anderen Rechte, die dem Stillen von der herrschenden Lehre zugestanden werden, insbesondere die Geschäftsführungsrechte weit hinausgehen über die Stellung eines stillen Gesellschafters des Gesetzes — die Stellung des partiarischen Darlehensgebers. Ist der Stille nicht nur befugt, den Komplementar zu beraten, sondern entscheidet er allein oder doch gemeinsam mit dem Komplementar, etwa ob und welche Geschäfte geschlossen werden sollen, so besteht nicht nur die Einflußmöglichkeit eines Gläubigers, sondern es liegt seine eigene[16]) Handlung aus eigener Herrschaft vor — ebenso wie bei einer Gesell-

14) Staub, § 335, Anm. 25.
15) So auch die h. L.: Flechtheim, § 335, Anm. 35; Ritter, § 335, Anm. 5.
16) Auch im Fall einer gemeinsam mit dem Komplementär getroffenen Entscheidung.

schaft des bürgerlichen Rechts, bei der eben aus diesem Grund der Gesellschafter, unabhängig davon, ob er persönlich gehandelt hat, den Gläubigern der Gesellschaft persönlich haftet, wie es der Zusammenhang von Herrschaft und Verantwortung fordert.

Denn Herrschaft ist das möglicherweise mit anderen gemeinsame aber unabhängige Entscheidungsrecht, „Souveränität": wie sie nicht nur dem einzelnen bezüglich seiner eigenen Einzelangelegenheiten, sondern eben auch dem Gesellschafter zusteht, selbst bei völligem Verzicht auf eigene Tätigkeit; denn dies führt immer nur zu einer Vertretung, zu einer Übertragung von eigener Macht zur Ausübung durch einen anderen. Dem Gläubiger aber fehlt Herrschaft in diesem Sinn. Er kann zwar damit drohen, seine Forderung geltend zu machen, wenn der Schuldner seinen Wünschen bezüglich der Geschäftsführung nicht entspricht, aber darin findet seine Einflußnahme ihre Grenze. Das Entscheidungsrecht liegt allein beim Schuldner, der deshalb auch allein haftet. Für eine Haftung des Gläubigers ist daneben kein Raum.

Darin findet auch beim Vertreter und damit beim Prokuristen der Haftungsausschuß seine Begründung. Die Herrschaft des Vertreters ist immer abgeleitete Herrschaft: er darf nur entscheiden, soweit ihm der Vertretene etwas von seiner Entscheidungsgewalt übertragen hat, sofern er er„mächtigt" ist: weil er kraft fremder Herrschaft handelt, haftet nicht er, sondern der Herrschende.

Da die Haftung des Gesellschafters[17]) aber auf Herrschaft beruht, ändert sich an seiner Haftung nichts, wenn die Bildung eines Gesellschaftsvermögens aus irgendeinem Grund unterbleibt; auch nicht wenn Gesellschaftsvermögen deshalb nicht gebildet wird, weil die Beiträge in das Vermögen eines Gesellschafters übergehen, entsprechend der Vermögensgestaltung bei der stillen Gesellschaft.

Sondern Ausschluß von der Haftung ist nur bei Ausschluß von der Herrschaft gerechtfertigt, wie der Gesetzgeber es bei der stillen Gesellschaft durchgeführt hat, indem er den stillen Gesellschafter nur mit Gläubigerrechten ausstattete. Das allein rechtfertigt den § 335 II HGB.

17) Dazu Henle, S. 830.

Werden daher dem Stillen durch Vertrag andere als die im Gesetz gewährten Rechte eingeräumt, so mag man, das weiter noch „stille Gesellschaft" nennen[18] — um eine stille Gesellschaft, auf die § 335 II Anwendung zu finden hat, handelt es sich nur solange, als dem Stillen keine Herrschaftsrechte zustehen. Stehen sie ihm aber zu, etwa in der Form eigenen Geschäftsführungsrechtes[19] oder in der Art, daß der Komplementar seine Genehmigung einzuholen hat[19], so muß er nach allgemeinen Grundsätzen haften[20], sei es, daß das Vertragsverhältnis als eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, sei es, daß es als offene Handelsgesellschaft anzusehen ist. Denn die allgemeinen Grundsätze verlieren nicht ihre Gültigkeit dadurch, daß jemand ein stilles Gesellschaftsverhältnis eingeht, etwa mit einem vermögenslosen Geranten, oder daß er seinen Prokuristen zu seinem Komplementar macht, so daß er als „Stiller" seinen Betrieb fortführte, nur mit der angenehmen Folge, nun nicht mehr zu haften, sich seiner Verpflichtungen, die ihn als Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen oder offenen Handels-Gesellschaft oder vorher als einzelnen getroffen hätte, entledigt zu haben.

So ergibt sich aus dem Wesen der stillen Gesellschaft klar die gerechte Entscheidung der Haftungsfrage. Solange der Stille hier nicht entscheiden kann, haftet er nicht, trifft er die Entscheidung, so trägt er die Verantwortung.

So entspricht es dem volkswirtschaftlichen Bedürfnis allein: Der stille Gesellschafter des Gesetzes, der partiarische Kreditgeber haftet nicht. Reicht aber seine Macht weiter, hat er die Rechte eines Gesellschafters, so kann er nicht verantwortungsfrei und daher verantwortungslos jene gebrauchen unter dem Schutz des § 335 II HGB., sondern muß für seine Entscheidung einstehen.

---

18) Lang, S. 34 ff.; Hoeniger, ZHR. 84, S. 464.
19) Vgl. oben S. 1 und OLG. 40, S. 205/206.
20) So wohl auch Saenger, S. 103.

Lebenslauf.

Am 11. Februar 1910 wurde ich in Forst (Lausitz) als drittes Kind des Augenarztes Dr. med. Gerhard Wilhelm Grüthling und seiner Ehefrau Frida, geb. Kriebel, geboren.

Ich besuchte sechs Jahre das Städtische Lyzeum und sechs Jahre das Städtische Realgymnasium in Forst.

Nachdem ich am 13. März 1928 die Reifeprüfung abgelegt hatte, studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft an den Universitäten Rostock, Freiburg, Kiel, Berlin. Am 13. Oktober 1932 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht zu Berlin.